

Laïsa FERREIRA

Master 2
Droit de la Propriété Intellectuelle

Le formalisme à l'épreuve des titres de propriété intellectuelle

Marquage, blockchain et sécurité juridique

Droit privé



UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1
CAPITOLE

INSTITUT
FÉDÉRATIF
de
RECHERCHE
Mutation des
normes juridiques

Directrice du mémoire :

Alexandra MENDOZA-CAMINADE

Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2020 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche

*L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur.*

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord adresser ma gratitude à Madame Alexandra MENDOZA CAMINADE pour m'avoir permis d'intégrer ce Master 2 « Droit des affaires » mention « Droit de la propriété intellectuelle », riche en enseignement tant théorique que pratique. Aussi, je remercie Madame Hélène POUJADE et l'ensemble de l'équipe pédagogique pour leur investissement, leur disponibilité, leur bienveillance.

Je souhaite remercier mes amis et camarades de la promotion pour leur soutien moral tout au long de cette année particulière.

En dernier lieu, j'exprime ma sincère reconnaissance envers mes proches pour m'avoir épaulée et encouragée, quelles que soient les épreuves à relever.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété qui touchent au commerce
AFNIC	Association française pour le nommage internet en coopération
BOPI	Bulletin officiel de la Propriété industrielle
BOUE	Bulletin officiel de l'Union européenne
CEB	Convention européenne sur le brevet
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
CUP	Convention de Paris pour la propriété intellectuelle
EUIPO	<i>European Union Intellectual Property Office</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
INPI	Institut national de la propriété industrielle
JO	Journal officiel
OEB	Office européen des brevets
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
RNB	Registre national des brevets
RNDM	Registre national des dessins et modèles
RNM	Registre national des marques

SOMMAIRE

RERMERCIEMENTS.....	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	13
PARTIE 1 – Un formalisme de rigueur dès l’approbation des droits intellectuels.....	25
CHAPTRE 1 – La portée de l’enregistrement des droits de propriété intellectuelle.....	26
SECTION 1 – L’enregistrement, un préalable non systématique à l’attribution des droits	27
SECTION 2 – L’enregistrement, source d’information en faveur des tiers	39
CONCLUSION CHAPITRE 1	45
CHAPTRE 2 – Sécuriser les titres, renforcer leur signalisation <i>a priori</i>.....	46
SECTION 1 – Le marquage, un intérêt préventif, un régime juridique inexistant	47
SECTION 2 – Une possible métamorphose des formalités de dépôt par la <i>blockchain</i>	56
CONCLUSION CHAPITRE 2	64
CONCLUSION PARTIE 1	65
PARTIE 2 – Le respect d’un formalisme préalable au cœur de la sécurité des titres	67
CHAPTRE 1 – La reconnaissance des droits, un mécanisme à parfaire	68
SECTION 1 – La remise en cause des droits de la propriété intellectuelle par les tiers	68
SECTION 2 – L’antériorité, la clé de voute des actions administratives et judiciaires	76
CONCLUSION CHAPITRE 1	86
CHAPTRE 2 – Un tiers informé d’un droit de propriété intellectuelle horodaté : vers une sécurité juridique renforcée des titres	87
SECTION 1 – La <i>blockchain</i> : un problème juridique, une solution technique	88
SECTION 2 – Le marquage et l’expansion des droits : une mesure prudente	96
CONCLUSION CHAPITRE 2	106
CONCLUSION PARTIE 2	107
CONCLUSION.....	109
ANNEXES	111
BIBLIOGRAPHIE	113
TABLES DES MATIERES	117

« Le galet n'est pas une chose facile à bien définir. Si l'on se contente d'une simple description l'on peut dire d'abord que c'est une forme ou un état de la pierre entre le rocher et le caillou. Mais ce propos déjà implique de la pierre une notion qui doit être justifiée. Qu'on ne me reproche pas en cette matière de remonter plus loin même que le déluge. »

Francis Ponge, *Le parti pris des choses, Poésies.*

INTRODUCTION

I. La propriété intellectuelle : un droit singulier

« Il n'est jamais venu à l'esprit de quiconque avant, disons dans les années 1980, que des phénomènes aussi disparates que les brevets pour des inventions mécaniques, des produits et procédés industriels (et maintenant, des biotechnologies, des algorithmes voire des méthodes de gestion), des droits d'auteur et de copie pour l'expression littéraire et artistique, et des marques et noms commerciaux pour des biens et services, puissent être généralisés sous l'intitulé de droit de propriété, tous conférés par le système juridique et rapportés à des bouts d'information isolés résultant d'une forme d'activité intellectuelle appropriable »¹. La création, acte au cœur de ce qui fait l'identité humaine, peut-être artistique, scientifique, littéraire, à des fins commerciales. La disparité des œuvres intellectuelles, objets de protection, ralentit la mise en place d'un droit homogène dès l'origine de sa réflexion. Mais les Etats n'ont pas échappé à l'intérêt que leur protection suscite : la protection des brevets, des subtilités, des œuvres et dessins et modèles, des marques, droits de propriété intellectuelle *stricto sensu*, mais aussi celle du savoir-faire, des secrets d'affaire, des bases de données, est aujourd'hui prise en compte de manière considérable dans la politique globale nationale, européenne et internationale². Il est impensable que les Etats, les entreprises, les citoyens, pensent l'économie sans s'en soucier³.

Le droit de la propriété intellectuelle est un droit nouveau qui s'est forgé dans le temps. Il comporte un ensemble de règles ayant pour dessein de protéger ou récompenser les inventeurs ou les créateurs en conférant un monopole, interdisant les tiers de bonne ou de mauvaise foi, de copier leur œuvre, leur invention, monopole limité dans le temps et délimité par d'autres droits. Il est vrai qu'à l'origine, le commerce international ne représentait qu'une fraction infime de l'économie mondiale, la matière circulant n'était que peu ou pas transformée. Dès le XV^e siècle, suite aux révolutions industrielles, accentué par l'explosion du commerce international en

¹ M. Blaug, Why did Schumpeter neglect intellectual property rights ? : Review of economic research on copyright issues, 2005, vol. 21(1) 69 suiv., notamment p. 71.

² T-M. Sanou, « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle », Boeck supérieur, *Revue internationale de droit économique*, 2009/2 t. XXIII, 2 / p. 175 à 218 [en ligne]. Disponible sur <https://www.cairn.info/reve-interationale-de-droit-economique-2009-2-page-175.htm> : les droits de propriété intellectuelle protègent des biens de consommation qui ont vocation à traverser les frontières.

³ Intervention de S. Von Lewinski dans le manuel « Droit et économie de la propriété intellectuelle », Sous la responsabilité de Michel Vivant, *L.G.D.J, Droit et Économie*, 07/2014.

matière de transports, d'informatique, de biens de consommation, c'est au niveau mondial⁴ que les Etats ont saisi les enjeux majeurs de la protection des créations intellectuelles⁵. Aujourd'hui, la multiplication des droits amène une croissance des richesses immatérielles, à tel point qu'ils sont des actifs immatériels, figurent au bilan actif des entreprises et sont compris dans les calculs du produit intérieur brut⁶. Ils représentent soixante-quinze à quatre-vingt-dix pourcents de la capitalisation boursière des grandes entreprises cotées⁷.

Par conséquent, il n'est même plus nécessaire de démontrer l'importance économique d'un droit de la propriété récent, d'un droit « immatériel et virtuel »⁸ parfois peu connu. Cependant, la difficulté réside dans le particularisme des objets protégés, fragmentés par leurs différences. En effet, le droit de la propriété intellectuelle se sépare en deux branches distinctes, le droit de la propriété industrielle, et le droit de la propriété littéraire et artistique⁹. Ce dernier confère des prérogatives d'ordre moral et d'ordre patrimonial¹⁰ aux titulaires de droits d'auteur. Le droit d'auteur protège « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »¹¹. Son champ d'application est vaste : il comporte toutes les œuvres traditionnelles¹², sculptures, mais s'adapte aux œuvres d'un nouveau genre en intégrant les créations numériques¹³. A l'origine marqué d'une forte empreinte personnaliste, il s'immisce de plus en plus dans une logique économique, les investissements étant

⁴ « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique donc il est l'auteur ». Article 27 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme.

⁵ A. Françon, « Le droit international de la propriété intellectuelle, La protection de la propriété intellectuelle, aspects juridiques internationaux », Luxembourg, Editpress, 1989, p. 11-77. – Convention Internationale sur la protection de la propriété intellectuelle, Paris, 1883 pose le principe de non-discrimination : tout Etat doit accorder aux ressortissants la même protection que ses propres citoyens. – Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, 14 juillet 1967, 828 R.T.N.U. 221, art. 2 (1) (entrée en vigueur le 29 janvier 1970).

⁶ Un rapport de la Banque mondiale estime que 86% de l'économie française est immatérielle, dont une part représente les droits de propriété intellectuelle.

⁷ R. Allement, « Evaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », *Centre d'analyse stratégie*, note de veille n°111, octobre 2008, p. 2.

⁸ P. Malauric, avant-propos de la 6^è édition de P. Malauric et L. Aynès, *Droit civil, les biens* : Defrénois, 2003

⁹ Qui comprend le droit d'auteur et les droits voisins, que nous éclairsons en l'espèce.

¹⁰ Article L. 121-1 du CPI.

¹¹ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, 1985, (L. n° 85-660 du 3 juill. 1985, *JO* 4 juill.

¹² La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, *préc. cit.*, fait référence aux œuvres littéraires, artistiques, musicales ou dramatiques.

¹³ A. Bensamoun, J. Groffe, « Création numérique – L'influence du numérique sur l'objet du droit », *RDC*, oct. 2013 (actualisation : décembre 2019). – V. Gelles et B. Poidevin, « Réflexions autour de la création numérique dans l'entreprise : problématiques juridiques, enjeux et pistes de réforme », *Regards d'expert*, INPI, *Etude La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, entretien 2.1, p. 113.

considérables en la matière¹⁴. Le droit d'auteur protège l'œuvre, l'objet original, les choix libres et créatifs investis dans la création intellectuelle, propres à son auteur, œuvre qui connaît une notion autonome du droit européen ou international¹⁵. Les droits de propriété industrielle sont épris d'une logique économique. L'effort créateur du titulaire d'un brevet est récompensé par un droit exclusif d'utiliser et de fabriquer toute invention, réalisation, produit ou procédé technique issu de « *tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle* »¹⁶. Le titulaire d'une marque, d'un signe ou d'une combinaison de signe « *propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise* »¹⁷ bénéficie d'un droit d'occupation si elle est licite. Les dessins et modèles, quant à eux, protègent l'esthétique d'un objet utilitaire. Les objets sont disparates, éparpillés, le droit s'accorde avec la particularité de chacun ; pourtant, bien des points les rassemblent.

Les droits de propriété intellectuelle se lient d'un tronc commun. Tous limités dans le temps¹⁸, le législateur les a soumis à un renouvellement ou au paiement d'annuités. Ensuite, les titulaires bénéficient de l'action en contrefaçon qui interdit à tout tiers d'utiliser leurs objets protégés sans autorisation. Cependant, l'émission des droits se perçoit dès la naissance des droits, constituant le point de départ de la protection ou la période durant laquelle le tiers doit respecter le droit revendiqué. Les traités internationaux érigent certains principes fondamentaux. Les droits d'auteur naissent dès la création de l'œuvre, sans formalité de dépôt préalable¹⁹, tandis que les droits de propriété industrielle sont procéduriers : des mesures de publicités préalables sont une condition à la protection des objets protégeables, du moins en principe. Nous pourrions affirmer que seule la date de dépôt compte, estimant que cela représente une des différences majeures entre deux branches d'un seul droit, mais cela amène à omettre que certains titres conservent une protection restreinte, minimale, limitée, sans dépôt

¹⁴ S. Feng, C. Thirapounho et A. Drummond, Application en Chine du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme : un complément important au droit de la propriété intellectuelle, prop. indus. n°9, sept. 2019, étude 17.

¹⁵ CJUE, aff. C-310/17, Levola Hengelo : Europe 2019, comm. 49, obs. D. Simon.

¹⁶ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332, art. 27 (1) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

¹⁷ V. note *supra*.

¹⁸ V. articles L. 123-1 du CPI (droit d'auteur), L. 511-5 du CPI (dessins et modèles). L. 612-21 du CPI (brevets), L. 712-9 du CPI (marques).

¹⁹ Le droit national, européen et international confère un droit d'auteur dès la création de l'œuvre au titulaire du droit (à l'exception, en France, de l'article L. 113-9 du CPI relatif aux créateurs de logiciels, et de l'article L. 131-1 du CPI relative aux agents publics).

préalable, ce qui accroît les incertitudes sur un droit de la propriété intellectuelle uniforme. Certains pays ont bénéficié d'une protection aux marques d'usage, le droit de l'Union européenne confère un droit restreint aux dessins et modèles communautaires non enregistrés²⁰, le premier inventeur d'un produit breveté peut détenir un droit de possession personnelle antérieure²¹. Ces disparités engendrent de nombreuses conséquences sur le droit des différents intéressés, tiers, titulaires, public.

L'essence même de la propriété intellectuelle réside dans la divulgation des créations, et non sans raison : la propriété intellectuelle est un moteur de recherche et d'innovation, afin de garantir, *in fine*, le bien-être économique et social et garantir le bien commun, car « *l'innovation est un objet politique* »²². Le monopole conféré aux titulaires est vu par une part considérable de la doctrine comme un véritable droit de propriété²³. Dès le XVIII^e siècle, Denis Diderot supposait de se fonder sur les droits de propriété²⁴ pour protéger les choses de l'esprit, c'est cette approche qui coule aujourd'hui dans les textes²⁵, les jurisprudences²⁶, les revues. Cependant, Condorcet avertissait déjà sur les dangers d'un monopole trop fort²⁷, qui serait un rouage dans le cercle vertueux de l'innovation. En plus d'un régime juridique limitant leur application, dans le temps comme dans l'espace²⁸, par leurs intérêts²⁹ et les obligations qui en découlent³⁰, ces droits doivent alors être équilibrés, proportionnels par rapport à d'autres libertés ; ils ne sont pas absolus. Les autorités publiques, les instances internationales, gardent une emprise sur la maîtrise de ces droits, notamment par un dépôt préalable près des offices lorsqu'il est obligatoire. Mais une grande part de responsabilités est laissée aux protagonistes pour la protection de leurs propres droits, dès l'enregistrement par une recherche d'antériorité, et tout au long de la protection pour les défendre.

²⁰ Règlement (CE) n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (*JO CE* n° L 3 du 5.1.2002, p. 1).

²¹ Aussi, en dehors des droits de propriété intellectuelle *stricto sensu*, s'ajoutent d'autres aspects qui ont toute leur importance en la matière : le secret d'affaire.

²² J-C. Galloux, « La privatisation de la propriété intellectuelle : un exemple du retrait de l'Etat au XXI^e siècle », Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, Paris, LexisNexis, 2014, p. 207, spéc. p. 311

²³ J. Tirole, C. Henry, M. Trommetter et L. Tubiana, B. Caillaud, *prop. intell.*, Centre d'analyse économique, juill. 2003 [en ligne]. Disponible sur : <http://www.cae-eco.fr/Propriete-intellectuelle>.

²⁴ Au sens de l'article 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen – V. notamment Cons. const., 27 juillet 2006, n°2006/540 DC ; *JO* 3 août p. 1541.

²⁵ V. articles L.113-2 du CPI (droit d'auteur), L. 611-1 du CPI (brevets) et L. 713-1 du CPI (marques)..

²⁶ CEDH, 4^e sect., 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c/ Moldavie*.

²⁷ DAEDALUS, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, printemps 2002

²⁸ Sur le principe de territorialité en matière de propriété intellectuelle : N. Bouche, Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle, Préface de F. Pollaud-Dulian, *L'Harmattan*, coll. Logique juridiques, octobre 2002.

²⁹ Les titulaires d'une marque ne peuvent interdire les tiers de l'utiliser outre que dans la vie des affaires, conformément à l'article L. 713-6 du CPI.

³⁰ Les titulaires de marques et de brevets ont l'obligation d'exploiter leur droit.

II. La propriété intellectuelle : un droit délimité

Il ne s'agit pas seulement de protéger mais de savoir ce qui est protégé, que ce soit pour l'intérêt national³¹ ou pour l'intérêt des tiers. Les droits de propriété industrielle sont délimités par des conditions strictes, quoi que subjectives à bien des égards. Le droit d'auteur protège toutes les créations originales. Quoi qu'il en soit, pour mériter une protection, l'objet doit être « *identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité, qui ne repose pas sur des ressentis subjectifs* »³², conseil qu'il n'est pas toujours facile de respecter au vu de la particularité de la matière. Les droits de propriété intellectuelle ont *arraché* des choses incorporelles au domaine public, en ce sens que « *la production intellectuelle peut, grâce au procédé de l'expression, se transformer en un objet extérieur, qui, dès lors, peut être reproduit par autrui* »³³. Ils ont par cela modifié les frontières des droits de chacun sur ce qu'il peut faire ou non, tout en gardant à l'esprit que « *dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une protection privative* »³⁴. Tout ne peut donc pas être protégé, les idées, « *de libre parcours* »³⁵, restent dans le domaine public, fond commun au sein duquel viennent s'ajouter les créations lorsque leur protection légale est achevée. Alors, tout n'est pas protégeable et ce qui l'est est contrebalancé par l'intérêt de la propriété intellectuelle pour l'ensemble des citoyens et « *après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain* »³⁶.

Ce monopole est conféré au créateur ou au déposant, sur un objet strictement identifié. Il a deux objectifs : permettre l'innovation, la divulgation, encourageant le partage des connaissances par un contrôle préalable tout en respectant le droit des tiers. Toutefois, les particularités de chaque division du droit ne sont pas dénuées d'impacts conséquents. Afin de garantir un certain équilibre, la publicité est la clé de voute pour faire connaître aux tiers la situation juridique d'un bien. Les droits de propriété industrielle disposent d'un dépôt préalable auprès d'un office, l'Institut national de la propriété industrielle en France. Cet enregistrement est « *l'acte juridique*

³¹ Notamment pour appliquer le respect de l'ordre public dans les titres de propriété industrielle, ou soumettre l'objet à une licence ou une cession forcée dans le cadre d'un brevet ayant un certain intérêt national, en vertu de l'article L. 611-8 du CPI.

³² CJUE, 13 nov. 2018, *aff. C-310/17*.

³³ F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Berlin, 1921, traduit par J Hyppolite, Paris, *Gallimard*, 1940, §68.

³⁴ T. civ. Seine 19 déc. 1928, DH 1929, 76 : « *Attendu que dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre, et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative; que seule est susceptible d'appropriation la forme originale et nouvelle dont l'écriture la revêt* ».

³⁵ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz, 1978, p. 22.

³⁶ Décret du 7 juin 1791, dit « *loi Le Chapelier* ».

*par lequel un office de propriété industrielle inscrit dans ses registres les éléments nécessaires à l'identification de l'objet et de son titulaire »*³⁷. Le dépôt est souvent apprécié pour ses capacités de conservation, de contrôle, de fonction probatoire, ou de reconnaissance de droit. En matière de droit de la propriété industrielle, ce dépôt signifie, non pas que l'objet est protégeable, mais que la phase d'instruction nécessaire à la demande est en cours. Ce n'est qu'à la suite de l'enregistrement, et de la vérification d'un certain nombre de conditions par l'office, que le titre est délivré ; une présomption simple de validité pèse alors sur le titre, validité qui peut, à tout moment, être remise en cause devant un juge.

Malgré cela, le dépôt permet de protéger le titulaire contre un tiers en garantissant le titre de propriété ; il permet aussi d'informer les tiers sur ce qui est protégé, ce qui relève du domaine public, ce qui n'est pas encore protégé. Le dépôt des droits sur un registre permet d'organiser leur publicité afin de les rendre opposables aux tiers ainsi que toutes les concessions effectuées sur ce droit, ils permettent la transmission des informations aux tiers³⁸, lors de la recherche d'antériorité d'une marque ou de l'état de la technique d'un brevet. L'internationalisation du droit uniformise les conditions de protection, mais surtout les procédures d'acquisition des titres, l'article 62 des Accords ADPIC³⁹ disposant du fait que « *les membres pourront exiger comme condition de l'acquisition ou du maintien des droits de propriété intellectuelle que soient respectées des procédures et des formalités raisonnables* », droit qui est conforme au droit de l'Union européenne⁴⁰. La Convention de Paris, incorporée dans ces Accords, confirmait déjà en son article 12 que : « *chacun des pays de l'Union s'engage à établir un service spécial de la propriété intellectuelle et un dépôt central pour la communication au public des brevets d'invention* ». Les registres se multiplient, améliorant ainsi la prise en compte des antériorités ou de l'état de la technique au niveau mondial, comme l'exigent les conditions de chaque droit. Ainsi, les dépôts permettent d'identifier ce qui est protégé, d'informer de « qui est le titulaire de quoi ». Le droit d'auteur, cependant, ne connaît aucune formalité obligatoire. Pourtant, tous les droits de propriété intellectuelle ont un effet *erga omnes*, c'est-à-dire qu'ils sont opposables à tous. C'est pour cela que certains pays

³⁷ C. Bernault, J-P. Clavier., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, 2e édition. Dictionnaires de droit. Paris : Ellipses, 2015.

³⁸ J-C. Galloux, « *Ebauche d'une définition juridique de l'information* », D. 1994, p. 229. – Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire informatique.

³⁹ Accord sur les aspects des droits de propriété qui touchent au commerce, annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) [ci-après « Accords ADPIC »].

⁴⁰ CJCE, 24 juin 2004, aff. C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*, p. 20.

conserver des mesures de formalités, notamment la mention sur un registre et le marquage de biens ; formalités facultatives mais dont l'absence peut engendrer le rejet de l'action en contrefaçon par la bonne foi du « contrefacteur », et l'absence de dommages et intérêts pour le préjudice subi.

Dans le même esprit que « personne n'est censé ignorer la loi », personne n'est censé ignorer un droit de propriété intellectuelle. Si cela peut se justifier par le registre, bien des lacunes surgissent sur ce dispositif d'information. Certes, le dépôt des droits industriels informe les tiers et rassure les titulaires quant à l'exclusivité de leur protection, rassure aussi dans une certaine mesure les investisseurs, mais deux problématiques naissent de cette publicité : d'une part, seuls les tiers intéressés ou compétents connaissent des droits, et, d'autre part, des titres industriels peuvent naître du seul fait de la création ou de la divulgation ; tout comme les droits de propriété littéraire et artistique qui eux, ne connaissent pas de formalité de dépôt. Alors, le dialogue régissant l'ensemble des rapports entre les tiers, titulaires de droits ou non, se trouve affaibli, fragilisé : leurs intérêts s'entrecroisent dans la sphère économique et sont tant opposés que complémentaires, certaines règles concernant l'insécurité juridique découlant des failles lors du dépôt méritent d'être éclaircies. Comment le principe de l'effet *erga omnes* des droits peut être accompli lorsque tant d'obscurité brouille les rapports entre les différents intéressés, empêchant une relation saine et dynamique ?

III. Les limites de l'encadrement des droits

Le droit de la propriété intellectuelle est souvent trop perçu comme un droit procédurier, individualiste, desservant de simples intérêts privés, les rapports étant souvent délictuels. Comme le souligne l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁴¹, il est primordial d'améliorer le respect de la propriété intellectuelle pour qu'elle remplisse son « *rôle dans le but de stimuler l'innovation et la création* ». Améliorer le respect de tous pour favoriser le bien-être social est un fer-de-lance à ne pas écarter, il s'agit alors de délimiter les droits, les prouver, les faire connaître ; il s'agit de ne pas octroyer un monopole trop grand, de ne pas permettre un empiètement trop permissif. Toutefois, il est évident que le droit de la propriété intellectuelle protège les intérêts privés, et il serait naïf de ne pas l'admettre. La propriété intellectuelle est

⁴¹ L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est « une instance mondiale chargée des services, des politiques, de l'information et de la coopération en matière de propriété intellectuelle ». Elle regroupe 193 Etats membres.

avant tout stratégique, les entreprises veulent déposer, acquérir, renouveler, parfois cumuler les protections. Cette stratégie engendre des rapports conflictuels, les entreprises cumulent les titres et les professionnels du droit n'hésitent pas à jouer des failles du droit pour restreindre ou annuler des droits, préalablement déposés ou non. Nonobstant, les droits de propriété intellectuelle sont de plus en plus nombreux, et durent de plus en plus longtemps. L'accroissement du nombre de biens protégeables, pour une durée de plus en plus étendue a pour conséquence une réduction des choses librement accessibles⁴².

Mais les instances judiciaires sont coûteuses, nombreuses, longues, complexes : elles durent entre un et trois ans, et il faut compter de trente-mille euros à cent-cinquante mille euros pour une action en contrefaçon de brevet en première instance, quelle que soit la partie. Pour les marques, les droits d'auteur ou les dessins et modèles, les chiffres indiquent un montant oscillant entre huit-mille et trente-cinq mille euros ; ainsi qu'un montant similaire en appel, et ce sans prendre en compte les coûts au niveau international⁴³. Ces chiffres représentent des moyennes, les sommes pouvant certes être modestes, mais aussi atteindre des sommets impensables⁴⁴. Il est alors nécessaire pour les titulaires d'informer les tiers sur l'objet protégé, de manière efficace, de façon que chacun connaisse le périmètre de ses droits, de façon qu'aucun puisse ignorer un droit existant⁴⁵.

A défaut d'enregistrement, des modes de preuves en amont doivent être infailibles, afin d'alléger les procès. Un droit de propriété n'a de valeur que s'il est respecté, l'arsenal de règles

⁴² « Souveraineté numérique : la douche froide ? », Interview de T. Karim et B. Benhamou, Secrétaire général de l'Institut de la souveraineté numérique [en ligne]. Disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=2iErDLIIIG4>. Ils estiment que les droits industriels ont un impact non négligeable sur la politique industrielle et sociétale d'un Etat, et proclament qu'au moins « *la moitié du savoir soit librement accessible* ».

⁴³ Les chiffres sont cités par P. Breesé et Y. de Kermadec, Rapport de la Direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services, « Guide : PME, pensez propriété intellectuelle ! Pour mieux innover et entreprendre » : les coûts étaient trois fois supérieurs en Allemagne, sept fois supérieurs au Royaume-Uni, et peuvent être jusqu'à cinquante-fois supérieurs aux Etats-Unis par rapport aux coûts d'une procédure en France.

⁴⁴ F. Lévêque, Y. Ménière, *Économie de la propriété intellectuelle*. La Découverte, « Repères », 2003 [en ligne]. Disponible sur : <https://www-cairn-info-s.biblio-dist.ut-capitole.fr/economie-de-la-proprieete-intellectuelle--9782707139054.htm>. En 2003, les Etats-Unis ont connu une centaine de procès pour des contrefaçons de brevet. Cependant, la majorité des litiges se conclue par un accord amiable, le nombre de plaintes étant seize fois supérieur au nombre de procès. – Sur ce sujet, v. notamment M. A. Lemley, Rational Ignorance at the Patent Office, *Sanford Law School*, UC Berkeley Public Law Research Paper n°46, 22 mars 2001 (actualisé : mai 2020).

⁴⁵ En France, la bonne foi lors d'une action en contrefaçon en matière civile est indifférente, mais pas dans les pays de *common law* – V. notamment P-Y. Gautier, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil », *prop. intell.*, 2002.

et d'institutions devrait permettre d'éviter les litiges qui nuisent au cercle vertueux mis en place à condition d'exhumer les dangers d'une publicité coûteuse trop imparfaite ; imparfaite pour assurer la pleine fonction de l'effet *erga omnes* des droits, imparfaite dans la période de latence qu'elle laisse entre le dépôt et la publication, imparfaite lorsqu'elle est inexistante. Ainsi, deux solutions, puisant leur source dans le droit étranger ou dans de nouveaux outils techniques, pallient ses difficultés, permettent d'informer les tiers avant une action litigieuse et de se constituer des preuves si l'action surgit : le marquage et la *blockchain*.

Le marquage se définit comme l'acte qui consiste à mentionner un certain symbole connu d'un grand nombre de personnes, afin d'informer les tiers des objets qui sont protégés par un titre de propriété intellectuelle, ou qui ont vocation à l'être. Il constitue un symbole de communication et de dissuasion très largement utilisé dans les pays anglo-saxons mais n'a aucune portée juridique en France ou au sein de l'Union européenne. Pourtant, il présente des intérêts à divers égards : peu coûteux, il prévient les litiges et décourage la contrefaçon, ou préserve l'image et la renommée du droit. Il peut aussi prouver que les contrefacteurs indirects sont de mauvaise foi lors d'une action en contrefaçon, ou que le titulaire revendique la propriété sur celui-ci. Il informe les tiers de façon immédiate, et le symbole lui-même averti quiconque de la protection. Cependant, son intérêt est léger : il ne signale pas le nom du titulaire, l'étendue de la protection, et ne remplace ni les offices ni une veille juridique efficiente. Il comporte quelques flous quant à son utilisation lorsque les droits sont dépassés ou annulés. Ses avantages en matière de communication de la protection des objets protégés déposés est démontrée, mais surtout en matière de droit d'auteur, afin de permettre une information claire et rapide. Cependant, même dans les pays anglo-saxons, le marquage est peu encadré, son régime juridique étant émiétté, équivoque, alors que son utilisation est parfois une condition *sine qua none* à l'établissement de la contrefaçon.

La *blockchain*, quant à elle, peut se définir comme un « *très grand cahier que librement et gratuitement, tout le monde puisse lire, sur lequel chacun peut écrire, mais qu'il soit impossible à modifier et indestructible* »⁴⁶. Sans pénétrer les détails de sa définition, soulignons qu'elle présente des intérêts en matière de registre et de preuve dans de nombreux secteurs, et offre de nombreuses possibilités. Dans un premier temps, elle offre la possibilité d'enregistrer en une ou plusieurs fois, une création, une idée ou un concept dans un système pas nécessairement décentralisé mais sécurisé, *a priori*, pour une durée illimitée. Cela est particulièrement

⁴⁶ J-P. Delahaye, « Les *blockchains*, clefs d'un nouveau monde », Logique et Calculs, Pour la science, n°449, mars 2015, p. 80.

important en matière de propriété littéraire ou artistique, pour laquelle une protection n'est accordée que du fait même de l'existence d'une création. Grâce à la *blockchain*, la création serait ainsi « gravée dans le marbre », par le biais d'une empreinte numérique unique, immuable. Tout un chacun aurait alors accès à l'information en se connectant aux registres virtuels. Une simple connexion internet serait nécessaire. Cela étant dit, pour les secteurs à forte intensité de propriété intellectuelle, la *blockchain* et les technologies de registres distribués y afférant sont synonymes de solutions évidentes en matière d'enregistrement et de protection de droits de propriété intellectuelle. Ensuite, la *blockchain* peut aussi servir à prouver un droit en l'absence de registre, et représente par cela un moyen économique d'accélérer ces procédures, comblant les insuffisances des modes de preuve « archaïque » d'un droit récent et en construction.

IV. La remise en cause des modes d'information des titres

Les problématiques relatives aux contentieux sur des objets protégés par le droit de la propriété intellectuelle peuvent être assouplies, modérées ; les difficultés étant majoritairement liées à l'attribution de la titularité des droits. La date d'antériorité du registre, ou de la création, prouve la titularité des droits en cas de conflits. Des imitateurs, des contrefacteurs, revendiquent être mal informés de l'existence des droits, et, dans de nombreux cas, l'ambiguïté sur la naissance de ceux-ci laisse planer un doute sur leur *propriété*. Ainsi, il est pertinent de questionner l'efficacité du dépôt en matière de titres de propriété industrielle, les lacunes d'un tel mode de publicité, les inconvénients subis par les tiers. Pour les titres non déposés, il est judicieux de mettre en lumière les dangers d'un système fondé sur la délivrance de droits sans dépôt, un système qui place la preuve au cœur de la revendication des titres.

L'expansion des objets protégés et l'internationalisation des droits de propriété intellectuelle a multiplié les offices et, *a fortiori*, les registres ; la mondialisation et les échanges exponentiels qu'elle crée a augmenté le nombre de dépôts de marques, de brevets, de dessins et modèles⁴⁷.

⁴⁷ « Statistique de la propriété intellectuelle par pays, OMPI [en ligne]. Disponible sur : https://www.wipo.int/ipstats/fr/statistics/country_profile/. – « Chiffres clés de la propriété industrielle 2019 : record de dépôt de marques », INPI [en ligne]. Disponible sur <https://www.inpi.fr/fr/nationales/chiffres-cles-de-la-propriete-industrielle-2019-record-de-depots-de-marques-pour-la-2e-annee> indique une hausse des demandes de dépôts à l'INPI de 3,8% pour les marques, de 2,5% pour les brevets et de 1,1% pour les dessins et modèles (*chiffres de l'année 2019 par rapport à l'année 2018*). – « Hausse des demandes de brevets déposées par les entreprises et les inventeurs européens en 2018 », OEB, 12 mars 2019 [en ligne]. Disponible sur : https://www.epo.org/news-events/news/2019/20190312_fr.html indique que le nombre de demande de brevets européens a augmenté de 4,6% en 2018.

L'émergence d'Internet a favorisé de nouveaux modes de communication, son importance a eu pour conséquence la création de nouvelles œuvres, et une telle circulation des droits de propriété intellectuelle mérite un appui basé sur la confiance et la sécurité juridique. Les brèches du système de publicité préalable à l'enregistrement d'un titre, ou l'absence de telles mesures, ne permettent pas une sécurité parfaite dans les relations entre les différents protagonistes, titulaires, tiers et public. Des solutions pallient ces fragilités et ces solutions, anciennes ou récentes, existent d'ores-et-déjà.

V. Marquage et *blockchain* : une étude des solutions actuelles

De la même manière qu'un panneau de propriété indique « propriété privée », de la même manière qu'un office conserve un titre de propriété, le marquage et la *blockchain* permettent une sécurisation des droits en apportant une première réponse à la constitution d'un mode d'information rapide, pratique et percutant. Les tiers, préalablement informés des droits par des symboles spécifiques, parfaitement éclairés de la situation du titre scellé à une date certaine⁴⁸, connaissent ce qui est protégé, cela renforçant la sécurité du titre (TITRE 1). Néanmoins, c'est lorsque les mesures de publicité existantes ne sont pas suffisantes, lorsqu'un titre sera potentiellement enfreint que le marquage et la *blockchain* apportent des solutions. Au-delà de leur intérêt au niveau international⁴⁹, ils sont sources de preuve afin, notamment, de démontrer l'existence de droits antérieurs lorsque les tiers les remettent en cause par diverses actions (TITRE 2).

⁴⁸ Dossier : enjeux et défis de la *blockchain* en propriété intellectuelle, Dalloz IP/IT 2018, p. 530 et suiv.

⁴⁹ S. Verville, « La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire », *préc. cit.*

PARTIE 1 : Un formalisme de rigueur dès l'appropriation de droits intellectuels

Dès l'existence de certains droits de propriété intellectuelle, l'enregistrement d'un titre a été au cœur des préoccupations des pouvoirs publics, les interventions législatives et réglementaires furent nombreuses, dans l'objectif de le réguler. Les titres de propriété industrielle sont, en principe, soumis à une procédure engageant une publication du titre sur un registre afin d'informer les tiers. Cette procédure entraîne aussi une vérification préalable de certaines conditions par les offices. Mais ces formalités administratives, obligatoires ou non, connaissent leurs faiblesses (Chapitre 1). En amont, le marquage et la *blockchain* permettent de signaler à quiconque l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, satisfaisant ainsi pleinement le principe de l'effet *erga omnes* des titres (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La portée de l’enregistrement des droits de propriété intellectuelle

Si l’on peut penser de façon classée l’approche des deux branches du droit de la propriété intellectuelle, il n’en est en fait rien : certains droits de propriété industrielle nécessitent un enregistrement, en matière notamment de dessins et modèles⁵⁰, de brevets⁵¹ ou de marques⁵², enregistrement qui peut se faire dans une pluralité d’offices compétents selon l’objet et à diverses échelles selon la volonté de prise de territoire du titulaire, qu’elle soit nationale, européenne ou internationale. En principe, certains titres nécessitent une simple divulgation⁵³, mais pour d’autres, notamment en matière de droit de la propriété littéraire et artistique, aucune formalité n’est requise, mais les exceptions complexifient le régime de publicité mis en place (Section 1).

Ainsi, l’enregistrement fait par les offices de propriété industrielle, lorsqu’il existe, permet un fonctionnement vertueux entre les divers protagonistes, directs ou indirects. Tout d’abord, l’intérêt de tous est préservé par un contrôle *a priori* de l’ordre public. Aussi, le droit des tiers est conservé par un éventuel contrôle des conditions, par une transparence totale des droits, par diverses actions préalables ou non à la publication définitive du titre, qui « forge » la protection mais fixe aussi ses limites. Toutefois, ce système est critiqué : lent, archaïque et dépassé, il révèle ses défauts dans une société d’information où les dépôts sont de plus en plus nombreux⁵⁴, où les échanges sont de plus en plus complexes⁵⁵ (Section 2), alors que les concurrents, qu’ils soient ou pas de bonne foi, peuvent se faire sanctionner par l’action en contrefaçon.

⁵⁰ « La demande d’enregistrement de dessin ou modèle est déposée au siège de l’Institut national de la propriété industrielle ». Article R. 512-1 al. 1 du CPI.

⁵¹ « La demande de brevet est déposée au siège de l’Institut national de la propriété industrielle ». Article R.612-1 al.1 du CPI.

⁵² « La demande d’enregistrement de marque est déposée au siège de l’Institut national de la propriété industrielle ». Article R. 712-1 al. 1 du CPI.

⁵³ « Un dessin ou modèle qui remplit les conditions [...] est protégé en qualité de dessin ou modèle communautaire non enregistré [...] à compter de la date à laquelle le dessin ou modèle a été divulgué au public pour la première fois au sein de la Communauté ». Article 11 du Règ. (CE) n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (JO L 003).

⁵⁴ J-C. Galloux, Droit des dessins et modèles interne et communautaire, Recueil Dalloz 2014, p. 2207 : une augmentation de 14,8% des demandes internationales a été constaté en 2013, par rapport à 2014.

⁵⁵ C. Ayerbe, N. Lazaric, M. Callois et L. Mitkova, « Nouveaux enjeux d’organisation de la PI dans les industries complexes », *Revue d’économie industrielle*, 137/ 1er trimestre 2012, mis en ligne le 15 janvier 2014 [en ligne]. Disponible sur <http://journals.openedition.org/rei/5277> (consulté le 27/04/2020).

Section 1 – L’enregistrement, un préalable non systématique à l’attribution de droits

Tous les droits de la propriété littéraire et artistique, ainsi que, indirectement, certains droits de la propriété industrielle⁵⁶ naissent par le seul fait d’un acte créatif formalisé (§1), tandis qu’une grande majorité des droits issus de la propriété industrielle naissent dès l’accomplissement d’un acte juridique : le dépôt (§2).

§1. L’absence de dépôt lors de l’acquisition de certains droits de propriété intellectuelle

Il semble inutile ici de rappeler les différences profondes, empiriques, entre le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle, qui se manifestent dès leur l’existence. Initialement, le droit d’auteur nécessitait un dépôt mais il n’en bénéficie plus. A l’inverse, certains titres de propriété industrielle qui, par principe, naissent par un dépôt auprès d’un office (B), ne nécessitent pas de formalités préalables à son attribution ; leur régime de protection s’apparente ainsi à celui de la propriété littéraire et artistique (A), mais s’en distingue à bien des égards.

A. L’approche évolutive de l’interdiction du dépôt en matière de droits d’auteur

Le droit d’auteur est un « *monopole qui a pour objet de protéger l’expression de la personnalité de l’auteur* »⁵⁷. C’est un droit de propriété intellectuelle qui confère à l’auteur d’une œuvre de l’esprit des attributs d’ordre moral et des attributs d’ordre patrimonial⁵⁸ durant toute la vie de l’auteur et pendant soixante-dix ans *post-mortem auctoris*⁵⁹. Le droit d’auteur se distingue fortement des objets protégés par la propriété industrielle dès le commencement de sa protection : les droits naissent du seul fait de la création de l’œuvre originale. L’article L. 111-1 du Code la propriété intellectuelle dispose du fait que l’auteur d’une œuvre de l’esprit « *jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif*

⁵⁶ Il s’agira d’aborder ici les dessins et modèles communautaires non enregistrés et le droit de possession personnelle antérieure concernant les brevets.

⁵⁷ A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, n° 979.

⁵⁸ V. article L. 111-1 du CPI.

⁵⁹ L’article L. 121-1 du CPI dispose du fait que l’auteur jouit d’un droit toute sa vie et ses ayant-droits en bénéficient pendant soixante-dix ans après sa mort. Cette durée fut introduite par la loi n°97-283 du 27 mars 1997 (*JORF 28 mars 1997*), abrogeant la durée postérieure qui était de cinquante ans *post-mortem auctoris*.

et opposable à tous ». L'article L. 111-2 de ce même Code précise que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de sa création, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». De nombreuses conséquences découlent de ces articles. Le droit positif consacre une protection des œuvres de l'esprit originales matériellement fixées. D'ailleurs, la jurisprudence n'hésite pas à le rappeler : la fixation est ce qui matérialise l'idée et en fait une œuvre protégeable : « *si un droit exclusif sur une œuvre particulière n'est pas sérieusement discutable, seule la forme dans laquelle une idée, même novatrice, est exprimée, est susceptible de protection* »⁶⁰. Dès que les conditions d'originalité et de fixation sont réunies, le droit d'auteur s'applique, même sur une œuvre inachevée, sans aucune formalité de dépôt.

Cependant, cela n'a pas toujours été le cas : le décret-loi des 19 et 24 juillet 1793 donnait naissance au droit dès la création de l'œuvre mais son opposabilité aux tiers était soumise à un dépôt préalable auprès de la Bibliothèque nationale ou au Cabinet des estampes. Ce n'est que par la loi du 25 mai 1925⁶¹ que le dépôt comme formalité préalable à toute action fut supprimé, sauf pour certaines exceptions. Cet article est en parfaite conformité avec l'article 4 de la Convention de Berne de 1886⁶², intégrée en droit normatif par le décret 12 septembre 1887⁶³, signée par la majorité des pays du monde, qui indique que l'acquisition de la titularité d'une œuvre même inachevée est faite sans formalité. Ce principe, qui s'érige en « principe général du droit d'auteur », s'applique tant aux œuvres traditionnelles protégées par le droit d'auteur, qu'aux œuvres plus récentes telles que les logiciels⁶⁴ ou les bases de données⁶⁵ qui n'ont pas besoin d'un dépôt pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur⁶⁶, bien qu'un dépôt à titre probatoire soit recommandé – s'ils ne bénéficient pas d'une antériorité par le dépôt d'un

⁶⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 mai 2012, n° 10/07064.

⁶¹ E. Morel, La loi sur le dépôt légal (19 mai 1925), *H. Champion*, Paris, 1925.

⁶² ALAI, *L'association littéraire et artistique internationale – son histoire, ses travaux (1878/1889)*, Paris 1889, p. 369 – A. Françon, « *Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales* », in *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, 1991, p.391.

⁶³ D. 12 sept. 1887, *JO 16 sept.*

⁶⁴ Définis par l'arrêté du 22 déc. 1981 sur l'enrichissement de la langue française comme étant un « *ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatif au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données* ».

⁶⁵ Définies à l'article L. 112-3 du CPI comme étant « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* ».

⁶⁶ A. Bensamoun, J. Groffe, Créations numériques : l'influence du numérique sur l'objet du droit, *RDC*. 2013 (actualisation : déc. 2019) – Dossier : Propriété intellectuelle et données dans l'environnement numérique, *Dalloz IP/IT* 2018. 84. – T. Bouvier, *La protection juridique des logiciels et des bases de données : guide simple et pratique à destination de tous (français)*, Boche, 4 juin 2017.

logiciel breveté⁶⁷. Aussi, les bases de données, qui bénéficient d'une protection par le droit d'auteur sur la structure⁶⁸ et d'une protection *sui-generis* envers les producteurs⁶⁹ ne connaissent pas de formalités de dépôt et, *a fortiori*, de registre les répertorient.

Il est important de noter l'exception pour certaines œuvres qui doivent bénéficier d'un dépôt conformément à l'article L. 131-1 du Code du patrimoine, qui dispose notamment du fait que les logiciels et les bases de données doivent être déposés « *dès lors qu'ils sont mis à disposition d'un public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support* ». Cependant, aucun registre public similaire à ceux des titres de propriété industrielle n'est établi. La sécurité, tant du titulaire qui ne dispose pas d'une obligation de dépôt attestant de la date de sa création - plus justement, de son dépôt - ou des tiers, qui ignorent ce qui fait réellement l'objet d'une protection, se trouve fortement affectée. On peut dès lors se poser la question d'un tel choix, notamment en comparant le système français, influencé par le droit civil, au système anglo-saxon de *copyright*, qu'il s'agira d'aborder lors des solutions.

B. L'acquisition d'un titre de propriété industrielle sans dépôt préalable

Certains droits de propriété industrielle font exception au principe de dépôt des titres auprès d'un office. C'est le cas des dessins et modèles communautaires non-enregistrés et des marques notoires. Les dessins et modèles protègent « *l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux* »⁷⁰. Les titulaires doivent, en principe, répondre à des formalités de publicité précises afin qu'un titre soit délivré.

Cependant, un dessin et modèle non-enregistré auprès d'un office, qui répond aux conditions et dont la première divulgation s'est faite sur le territoire de l'Union européenne peut être protégé pour trois ans à compter de cette première divulgation. Ils doivent tout de même répondre aux conditions classiques de tout dessin et modèle : il doit être regardé comme nouveau⁷¹, bénéficier

⁶⁷ C. Le Stanc, prop. indus. 2003, chron. 2.

⁶⁸ Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, Coprosa, n°87-17.657, D. 1990.49, obs. Colomber ; D. 1990. 330, obs. Huer ; RTD com. 1989, obs. Françon.

⁶⁹ A. Bensamoun, J. Groffé, Créations numériques : l'influence du numérique sur l'objet du droit, *préc. cit.*

⁷⁰ Article L. 511-1 du CPI.

⁷¹ « *Un dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des dessins ou modèles sont*

d'un caractère propre⁷² et ne protège que les parties visibles. Cette protection est bien moins stricte et avantageuse que celle des dessins et modèles enregistrés⁷³ : outre sa durée plus courte, elle permet d'interdire la copie exacte du dessin et modèle protégé si cette copie « *ne résulte pas d'un travail de création réalisé de manière indépendante par une autre personne* »⁷⁴. Cette protection restreinte est favorable aux industries qui ne peuvent faire face à des dépôts constants, ce qui serait un travail considérable au vu du nombre de leur création. Aussi, l'exception en faveur des créations pallie l'absence d'informations vis-à-vis des tiers sur l'existence de la protection pour tel ou tel dessin, pour tel ou tel modèle.

La marque, si elle satisfait aux conditions que nous allons étudier postérieurement, doit être enregistrée auprès d'un office pour qu'un titre soit délivré, titre soumis au principe de territorialité. Cependant, l'article 6 bis de la Convention d'union de Paris de 1883⁷⁵ modère ce principe et protège toute marque qui n'est pas ou pas encore enregistrée mais qui est considérée comme « *notoirement connue et utilisée* » pour des produits et services identiques ou similaires en interdisant l'enregistrement ou l'emploi d'une marque dite « *notoire* »⁷⁶. Il fut d'ailleurs repris par l'article 16 des Accords ADPIC⁷⁷. Le principe de territorialité était difficilement conciliable avec la portée internationale de certaines marques qui n'étaient pas enregistrées, souvent dû à leur ancienneté. Ainsi, les marques qui se distinguent par leur valeur économique, telles que Adidas ou Coca-Cola⁷⁸, méritent un « *sort privilégié* », une protection particulière, en guise de reconnaissance de leur notoriété.

Si le doyen Roubier définissait la notoriété comme « *une preuve éclatante de l'utilité économique de la marque, car elle signifie que la marque a eu un grand succès et a été appréciée de la clientèle* »⁷⁹, la loi française n'a pas défini la marque « *notoirement connue* » mais lui concède un régime particulier à l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle,

considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants ». Article L. 511-3 du CPI.

⁷² « *Un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* ». Article L. 511-4 du CPI.

⁷³ J.-C. Galloux, P. Kamina, Droit des dessins et modèles interne et communautaire, *Recueil Dalloz*, D. 2019. 1578.

⁷⁴ Art. 19 du Règ. (CE) n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (*JO L 003*).

⁷⁵ Tel qu'il résulte de la révision à La Haye du 6 novembre 1925.

⁷⁶ J. Anfossi-Divol, L'usage et l'enregistrement, éléments essentiels de l'harmonisation du droit des marques, 2003, coll. CEIPI, Litec.

⁷⁷ P. Arhel, Propriété intellectuelle : OMC, Protection des signes distinctifs, *Répertoire de droit international*, janvier 2019.

⁷⁸ J. Schmidt-Szalewski, Marque de fabrique, de commerce ou de service : caractère du signe choisi, *RDC Com. 2006* (actualisation : février 2020).

⁷⁹ Cité par E. Barbry, « Le droit des marques à l'épreuve de l'Internet », *Legicom 1997/3*, n°15, p. 91 à 109.

ce qui ne sécurise pas les titres des titulaires de la marque ni les tiers. Seuls les accords ADPIC précisent que la notoriété doit être prise en considération « *à partir de la partie concernée du public* », ce qui, en soi, n'éclaircit pas l'obscurité du problème. Aucun critère objectif ne permet de définir sa notoriété, seul un faisceau d'indices dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne et appliqué par la Cour de cassation peut guider les juges du fond quant à son appréciation⁸⁰ : l'ancienneté de la marque, son étendue géographique, la part de marché qu'elle occupe pourraient être déterminants. Elle est alors susceptible de faire obstacle à l'enregistrement d'une marque identique sans avoir besoin de démontrer un dépôt antérieur, à condition que la notoriété ait existé au jour du dépôt de la marque litigieuse⁸¹, ce qui la distingue de la marque d'usage qui n'a aucune incidence sur l'acquisition de droits par un tiers.

Mais l'insécurité juridique due aux notions floues est à relativiser : ces marques connaissent un aménagement dû à leur réputation. Il serait alors difficile pour un tiers de prouver sa bonne foi lors d'une action pénale en contrefaçon, et la marque reste disponible pour des biens et services différents, si elle n'est pas définie comme marque notoire⁸². De plus, rares sont les marques « internationalement connues » au point d'être qualifiées comme telles par le juge, la marque étant soumise à un régime favorable. Nonobstant, s'agissant des dessins et modèles communautaires non enregistrés, plusieurs points sont à souligner. Outre la durée courte de protection dont ils bénéficient, la notion de copie délimite fortement le champ de protection. Précisons que le dépôt de dessins et modèles, en France, est largement minoritaire et tend à diminuer d'années en années⁸³, le principe de l'unité de l'art appelle les juges à se prononcer sur la protection de ces œuvres utilitaires par le droit d'auteur⁸⁴. Dès lors, ces deux régimes présentent peu d'intérêt, les entreprises préférant un dépôt rigoureux des droits des marques, mais pour les dessins et modèles, rappelons qu'en l'absence de dépôt, seule une faible protection européenne permet de protéger la création si la condition d'originalité ne permet pas la protection par le droit d'auteur. Ainsi, la création peut être protégée, encore faut-il prouver l'antériorité pour bénéficier de la titularité des droits.

⁸⁰ Cass. com., 8 février 2017, n°14-28.232 : les juges écartent la qualification de la marque « Christian Lacroix » de marque de renommée ; la baisse du chiffre d'affaire depuis le départ du couturier et la réorientation de l'activité vers l'exploitation des licences de marque ne suffisant pas à la démontrer. – V. CJCE, 14 sept 1999, General Motors, *aff. C-375/97*.

⁸¹ Paris, 18 déc. 1998, PIBD 1999. 975. III. 198.

⁸² R. Kovar, J. Larrieu et Y. Basire, Marque, existence de la marque, *Répertoire de droit européen*, avril 2019.

⁸³ En 2017, le nombre de dépôt de dessins et modèles près de l'INPI a baissé de 7,7%. En 2018, il a baissé de 3,6%. Ce n'est qu'en 2019 qu'il a augmenté, mais seulement de 1,1%. Chiffres disponibles sur le site de l'INPI : <https://www.inpi.fr/fr/nationales/>.

⁸⁴ TGI Paris, 3ème ch., 3ème sect., 19 novembre 2010, PIBD, n°935, III, 197.

§2. Le dépôt, acte fondateur de droits de propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle ne s'est pas construit de manière uniforme, chaque droit amena, en même temps que sa mutation dans le temps, ses propres besoins, ses propres conditions : ainsi, dès leur origine, certains actes requièrent un dépôt, premier acte à accomplir pour obtenir un titre de propriété. L'histoire de chacun d'entre eux démontre sa lente construction et son éparpillement (A). Mais, aujourd'hui, son unité n'est pas pour autant créée : les offices, uniques par leurs compétences spécialisées, nombreuses, ne facilitent pas l'appréhension des droits (B).

A. La propriété industrielle, le respect des conditions de forme

La titularité d'un titre de propriété industrielle s'acquiert par un dépôt auprès d'un office. En France, il s'effectue devant l'Institut national de la propriété industrielle pour tous les titres de propriété industrielle⁸⁵ sur le territoire national. Celui-ci peut aussi transmettre les demandes de marques européennes ou internationales. Contrairement aux créations protégées par le droit de la propriété littéraire et artistique, l'obtention du titre n'est garantie que par une procédure administrative qui délivre le droit sur une marque, sur un brevet, sur un dessin et modèle. Cette procédure est soumise à une vérification préalable des conditions de forme mais aussi de certaines conditions de fond. Ce dépôt a l'intérêt de conférer une date qui relève d'une importance primordiale : la date prouve l'antériorité de la création, de l'acquisition du droit, en vertu de la règle « *prior tempore, potior jure* »⁸⁶, le premier déposant est alors propriétaire du titre. Ainsi, le premier créateur n'est pas forcément le titulaire. Parfois, cette procédure permet aux tiers intéressés d'interagir avec le nouveau déposant afin de lui faire savoir ses observations⁸⁷ et ses potentielles revendications⁸⁸, procédure qui est notamment utilisée par les

⁸⁵ Et de l'Institut national des obtentions végétales.

⁸⁶ Ou de *first-to-file*, qui s'oppose au principe du *first-to-invent*, selon lequel le premier inventeur pourrait, s'il était en vigueur, non pas seulement revendiquer un droit de possession personnelle antérieure mais l'ensemble des prérogatives conférées par le droit.

⁸⁷ En droit des marques, la directive (UE) n° 2015/2436 du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services, complétée par le décret d'application n° 2019-1316 du 9 décembre 2019. Ces textes permettent à toute personne intéressée de former opposition ou d'effectuer une déclaration d'opposition dans un délai de deux mois mais ont profondément modifié la procédure d'opposition – O. Thrierr et S. Buchillot, « (R)évolution(s) : le nouveau droit des marques », prop. indus. n°4, avril 2020.

⁸⁸ En droit des brevets, en vertu de l'article 121 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (loi PACTE), l'ordonnance du 12 février 2020 (ord. n° 2020-116, 12 févr. 2020, portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention, *JO* 13 févr.) permet aux tiers de « demander, par

personnes revendiquant un droit de possession personnelle antérieure⁸⁹, dans un souci de sécurité juridique. Le dépôt est alors nécessaire pour fixer le point de départ de la protection, pour délimiter l'état de la technique et définir ainsi les antériorités, obstacles au dépôt de nouveau droit.

Droit des brevets. Tout d'abord concernant le droit des brevets, un monopole est conféré pour une durée maximale limitée à vingt-ans⁹⁰ et soumis au paiement d'annuités⁹¹, ce qui oblige le titulaire à surveiller sur son brevet, en plus de l'exploiter⁹², ils ne sont d'ailleurs possédés qu'entre quatre à huit ans en moyenne⁹³. Comme précédemment évoqué, le droit des brevets est une alternative au secret de fabrication, pour ne pas dire son antithèse : il oblige la divulgation afin de bénéficier d'une protection spécifique. D'ailleurs, avant l'existence d'un droit des brevets rigoureux, le secret était privilégié. Mais l'Acte fondateur de Venise qui promulgue la *Parte veneziana* le 19 mars 1474 révolutionne la conception et le mode de protection des inventions : l'acte reconnaît un droit moral ainsi qu'un droit d'exploitation au déposant d'une durée de dix ans sur le territoire de protection ainsi que l'action en contrefaçon si l'invention est originale, nouvelle et possède un caractère industriel⁹⁴. En France, les dépôts furent soumis à l'Académie des sciences, qui examinait les inventions dès 1699, les pouvoirs publics ayant cerné l'importance d'un équilibre entre un monopole sur une invention, son utilité économique et son impact social. La révolution industrielle amène le législateur à voter la loi du 5 juillet 1844 qui fut celle en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi du 2 janvier 1968, qui confère ce qui sera ensuite défini comme un droit de propriété, un véritable monopole d'exploitation. Toutefois, détenir un titre reste une procédure lourde et coûteuse pour les déposants. Le Bureau de la propriété intellectuelle était chargé de l'administration des brevets en cours⁹⁵, mais la matière était de plus en plus complexe à répertorier au vu de la multiplication des demandes et de l'internationalisation de la matière. C'est par la Convention internationale

voie administrative, la révocation ou la modification de ce titre ». – A ce sujet : N. Maximin, « Brevets d'invention, création d'un droit d'opposition », Dalloz IP/IT, fév. 2020. – V. notamment article L. 613-23-6 du CPI.

⁸⁹ « Toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable en possession de l'invention objet du brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet ». Article L. 613-7 du CPI.

⁹⁰ Art. L. 611-2 du CPI.

⁹¹ Art. L. 612-19 du CPI.

⁹² Art. L. 613-11 du CPI.

⁹³ C. Brenner, La propriété intellectuelle et ses conséquences pour les PED, annuaire suisse de politique de développement, 17 / 1998, mis en ligne le 21 juillet 2012 [en ligne]. Disponible sur le site : <https://journals.openedition.org/aspd/721> (consulté le 07/04/2020).

⁹⁴ J. Foyer & M. Vivant, Le droit des brevets, Paris, PUF, 1991, p. 9.

⁹⁵ A. Bertran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété intellectuelle*, Fayard, 2001 p. 25.

de l'Union de Paris, en 1883, que tous les Etats signataires se sont engagés à « *établir un service spécial de la propriété industrielle et un dépôt central pour la communication au public des brevets d'invention, des dessins et modèles industriels et des marques de fabrique ou de commerce* »⁹⁶. En France, Alexandre Millerand, ancien avocat & ministre du Commerce, de l'Industrie, des Postes et du Télégraphe du gouvernement de Waldeck-Rousseau, crée l'Office national de la Propriété industrielle par la loi du 9 juillet 1901, qui perdure jusqu'à la loi du 24 octobre 1919.

Droit des marques. Le titulaire d'une marque se voit conférer par le législateur un droit d'occupation sur le signe qui différencie les produits et services d'une autre entreprise, pendant dix ans renouvelables indéfiniment⁹⁷. En France, sous l'Ancien-Régime les corporations marquaient déjà leurs produits⁹⁸ et la contrefaçon fut reconnue pour les titulaires. Mais l'abolition des privilèges⁹⁹ et le développement du commerce international a rapidement accentué la contrefaçon et ses risques. La loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce confère un droit perpétuel par le premier usage, l'abandon pouvant être déclaré auprès des services du greffe. Le droit des marques connaît une première appréhension similaire à celle du droit d'auteur : le dépôt auprès des services du greffe du Tribunal de Commerce n'était que déclaratif et constituait la preuve de l'antériorité du signe lors d'une action en justice. Ce n'est qu'en 1964 que le dépôt de la marque devint obligatoire¹⁰⁰.

Droit des dessins et modèles. Afin de répondre au développement du textile au cours du XVIIIe siècle, le décret du 20 février 1810 consacre une protection des dessins et modèles sur le territoire lyonnais, avant d'être étendu à l'ensemble du territoire français¹⁰¹. Le droit des dessins et modèles n'était alors qu'à ses prémices, le Conseil de Prud'hommes avait les fonctions du Bureau d'enregistrement et conférait une protection indéfinie sur les dessins déposés. Ce « certificat d'enregistrement » attestait une preuve d'antériorité. L'article premier de la loi du 11 mars 1902 accentue sa protection en consacrant la théorie de l'unité de l'art : les dessins et modèles qui répondent aux conditions du droit d'auteur peuvent bénéficier de sa

⁹⁶ Art. 12 de la Convention de Paris pour la propriété industrielle du 20 mars 1883.

⁹⁷ Art. R. 712-24 du CPI.

⁹⁸ S. Chatry, A. Robin, Introduction à la propriété intellectuelle, *Unité et diversité*, Coll. Paradigme, Edition 2020

⁹⁹ Décret d'Allard des 2 et 17 mars 1791.

¹⁰⁰ « L'INPI depuis 1951 [en ligne]. Disponible sur « https://www.inpi.fr/sites/default/files/3-inpi-dp_datescles.pdf » (consulté le 07/04/2020).

¹⁰¹ Ordonnance du 17 août 1825.

protection¹⁰², ce qui protège l'œuvre à compter de sa création et allonge la durée du titre. Toutes ces difficultés d'articulation mettent à mal la sécurité juridique, premièrement du titulaire qui ne bénéficie alors pas de preuve d'un droit – exception faite d'un dépôt antérieur – mais qui voit sa création protégée, et deuxièmement des tiers, qui ne peuvent connaître la date de la protection si elle est seulement protégée par le droit d'auteur. A ces difficultés vient s'ajouter le régime des dessins et modèles communautaires non-enregistrés qui sont protégés à compter de la divulgation et pour une durée limitée, à laquelle peut s'annexer la protection par le droit des dessins et modèles ou par le droit d'auteur. *A contrario*, une œuvre d'art appliqué peut alors être déposée et ainsi bénéficier d'une présomption de titularité, mais le droit des tiers n'est pas sécurisé. Dès lors, les droits de propriété industrielle connaissent un essor différent, démontré par l'impossibilité de créer « UN » droit de propriété intellectuelle uniforme et encadré. La superposition des droits rend difficile l'appréhension de ces derniers par les tiers, mais rendent la tâche tout aussi difficile pour les titulaires des droits.

B. La multiplication des offices, « gardiens » des droits déposés

Malgré une réunion des droits industriels au sein d'un même organisme, la « globalisation » des droits de propriété industrielle amène la multiplication d'offices internationaux, qui ne cessent aussi de s'accroître au vu de l'augmentation des objets protégeables¹⁰³. Ils possèdent leur propre registre afin d'organiser la publicité des droits et les rendre opposable aux tiers, avant de faire l'objet d'une publication officielle¹⁰⁴.

I. Organismes nationaux et européens

Institut national de la propriété industrielle. Les évolutions parallèles des droits de propriété industrielle justifient leurs particularités et la compétence initiale des offices d'enregistrement, disparates, tels que le Tribunal de Commerce ou le Conseil de Prud'homme précédemment cités. La loi de 1902 permet de centraliser les services d'enregistrement, de communication et

¹⁰² Y. Gaubiac, « La théorie de l'unité de l'art », RIDA 1982, n°111, p. 3.

¹⁰³ Il s'agira d'aborder les registres sur le droit des marques et dessins et modèles tels que l'INPI – compétente pour tous les titres industriels sur le territoire français – ou l'EUIPO, en matière de brevets tels que l'OEB, ou encore l'OMPI sur le plan international. Nous pouvons aussi citer l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO), ainsi que l'Instant nationale des obtentions végétales (INOV) - qui tient le registre des obtentions végétales, son homologue européen, l'Office communautaire des variétés végétales - qui détient le registre de protection communautaire des obtentions végétales ou encore la Commission européenne qui tient le registre des appellations d'origine protégée (AOP) et des indications d'origine protégée (IGP).

¹⁰⁴ Notamment au BOPI, au JO EUIPO, JO OEB, JO UE et aux registres.

de conservation des brevets, des marques et des dessins et modèles. En 1951¹⁰⁵, l'Institut national de la propriété industrielle, qui est le résultat d'une volonté internationale, ouvre la porte à la gouvernance par les registres, qui attestent les droits et informent les tiers. Ainsi, fut créé le Registre national des brevets¹⁰⁶ - qui comprend le registre national des dépôts de topographie et de produits de semi-conducteurs, le registre national des marques¹⁰⁷, le registre des dessins et modèles¹⁰⁸, le registre national des logiciels en cas de nantissement¹⁰⁹ mais aussi le registre des obtentions végétales¹¹⁰. L'Institut national de la propriété industrielle est placé sous la tutelle du ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, il possède une autonomie financière et une personnalité civile. L'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle lui attribue une panoplie de missions diverses et diversifiées: de la délivrance des titres de propriété industrielle à la sensibilisation et à la formation.

European Union of Intellectual Property Office. L'ex-Office d'harmonisation du marché intérieur (OHMI) a été créé pour procéder à l'enregistrement des marques communautaires¹¹¹ et des dessins et modèles communautaires. L'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle délivre alors les titres unitaires. Les titulaires de droits sur des marques ou dessins et modèles au sein de l'Union européenne doivent alors vérifier les dépôts de marques nationales et européennes pour former des oppositions à des droits postérieurs qui enfreindraient les leurs. L'office de l'Union européenne connaît aussi des demandes en annulation des titres et en déchéance des marques. Les décisions font l'objet d'une « judiciarisation » totalement européenne : les recours se font devant les chambres de l'office, qui peuvent elles-mêmes faire l'objet de recours devant le Tribunal de l'Union européenne et d'un pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne. Il possède son propre registre de marques de l'Union européenne et de dessins et modèles communautaires. On ne peut que saluer l'harmonisation et la simplification des dépôts européens par une procédure unique devant une instance unique et une protection uniforme – si nous écartons la multiplication des offices pour les autres droits.

¹⁰⁵ Loi n°51-444 du 15 avril 1951.

¹⁰⁶ Articles L. 613-9, R. 613-53 et R. 613-55 du CPI.

¹⁰⁷ Art. R. 712-12 du CPI.

¹⁰⁸ Art. R. 512-13 et R. 512-15 du CPI.

¹⁰⁹ Art. L. 132-34 et R. 132-8 du CPI.

¹¹⁰ Art. L. 623-14 et R. 623-38 du CPI.

¹¹¹ Règl.(CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, JOCE, 14 janvier 1994, L 011.

II. Institutions internationales

Office européen des brevets. L'Office européen des brevets a été institué par la Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973. Les titulaires procèdent alors à une procédure unique, similaire à la procédure nationale, devant cet organisme à Munich, devant sa Division à La Haye, ou encore devant leur office national qui transmettent la demande à l'Office européen afin que ce dernier procède à un examen approfondi des conditions de brevetabilité, dans un fonds de vingt-cinq millions de documents. Il publie un rapport de recherche, publié dans les dix-huit mois après la demande de dépôt. Un délai de six mois est alors laissé au requérant pour poursuivre la procédure et transmettre la demande aux différents offices des pays désignés par le titulaire. Les avantages d'une telle procédure sont à souligner : l'examen préalable font du brevet européen un titre « fort » juridiquement. Le demandeur ne perd alors pas de temps à traduire la demande dans les langues officielles : l'anglais, l'allemand ou le français. Cet organe détient son propre registre des brevets.

Cependant, beaucoup d'inconvénients ont un impact direct sur la sécurité des protagonistes en cause. L'examen est long, coûteux et la multiplication des intermédiaires atténue la clarté pour les différents ayant-droits et tiers intéressés. L'internationalisation des droits de propriété intellectuelle est récente. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, que nous allons aborder, a pour mission de procéder au rapprochement des législations. En pratique, une harmonisation interne se construit pas à pas, influencée par l'incidence de la jurisprudence et des directives européennes, mais l'intérêt économique et social freine sa mise en place, une uniformisation complète étant perçue par une partie de la doctrine comme une perte de souveraineté¹¹². Dès lors, l'absence d'une instance bénéficiant d'une mission générale pour tous les titres engendre un émiettement des offices, et cela aggrave le manque de clarté des instances de dépôt, l'interprétation des droits¹¹³ ou les procédures¹¹⁴.

¹¹² Sur la difficulté de mettre en place la Juridiction unifiée du brevet, (ord. n°2018-351, 9 mai 2018 : JO 10 mai 2018, texte n°9) : C. Meiller et V. Chapuis, « Brevet : sale temps pour la juridiction unifiée du brevet », *Dalloz IP/IT*, janv. 2020. – Sur la privatisation de la propriété intellectuelle : J-C. Galloux, « La privatisation de la propriété intellectuelle : un exemple de retrait de l'Etat au XXI^e siècle », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, Paris, Lexis Nexis*, 2014, p. 207.

¹¹³ Notamment concernant l'interprétation de la brevetabilité des logiciels : V. Affaire T769/92, Chambre de Recours Technique, 31 mai 1994, JO OEB 1995/525 – Affaires T 1173/97, Computer program product/IBM du 1er juillet 1998 (JO OEB 1999, p. 609) et T935/97, Computer program product II/IBM du 4 février 1999.

¹¹⁴ Sur l'extension des compétences de l'INPI en matière d'actions en nullité et en opposition : V. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 : *Defrénois flash* 27 mai 2019, n° 1507, p. 1.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle a un intérêt mondial, ce qui amène les autorités internationales à créer des procédures internationales de marques¹¹⁵, de brevets par le dépôt PCT¹¹⁶ ou des dessins et modèles¹¹⁷. Cependant, l'Office mondial ne confère pas un titre international : il centralise la procédure et « ventile » les demandes aux différents offices désignés. Cet office effectue la « phase d'instruction » avant de transférer le dossier aux offices nationaux désignés par le déposant. Aussi, son Bureau international tient le registre international des marques.

Malgré la difficulté rencontrée par les titulaires lors de l'enregistrement ou par les tiers lors de la recherche des antériorités et l'étendue des droits, les offices permettent une certaine sécurité pour les tiers et soulignent la volonté, à terme, de procéder à une uniformisation totale des titres avec une base de données et un office unique, ce qui permettrait un droit sécuritaire et des titres forts, à l'image de la base de donnée mondiale des marques enregistrées, qui met en place une reconnaissance d'image des signes antérieurs¹¹⁸. Il est important de constater que la déjudiciarisation se fait en faveur des offices¹¹⁹, auparavant marqués d'une forte empreinte administrative. En effet, ils connaissent constamment de nouvelles missions, notamment en matière de vérification des conditions d'obtention d'un titre ou en matière de contentieux, où une place importante leur est accordée lors des procédures d'opposition ou en nullité.

Section 2 – L'enregistrement, source d'information en faveur des tiers

En France, le titulaire d'un droit d'auteur n'a pas toujours bénéficié d'une protection automatique, il était abordé comme un titre de propriété industrielle et son dépôt était nécessaire. La fonction essentielle de la publicité d'un acte est relative à l'information des tiers

¹¹⁵ Sur la difficulté de mettre en place un droit des marques international par le système de Madrid : Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 et Protocole de Madrid du 27 juin 1989.

¹¹⁶ Traité sur le droit des brevets (PLT), 1^{er} juin 2000. Ce traité « vise à harmoniser et à rationaliser les procédures de forme relatives aux demandes et aux brevets nationaux et régionaux afin de les rendre plus favorables aux utilisateurs » selon l'OMPI [en ligne]. Disponible sur : <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/plt/>.

¹¹⁷ En vertu de l'Arrangement de la Haye du 6 novembre 1925.

¹¹⁸ « L'OMPI lance un outil d'avant-garde fondé sur l'intelligence artificielle pour la recherche de marques par reconnaissance d'image », 1^{er} avril 2019 [en ligne]. Disponible sur : https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2019/article_0005.html (consulté le 20/04/2020).

¹¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits et de services, JO 14 novembre [en ligne]. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000039373262&categorieLien=id>.

sur la propriété et l'étendue de la propriété aux tiers (A), mais ne permet pas toujours une information rapide sur les droits (B).

§1. Un acte bénéfique au respect de différents droits

Afin qu'un inventeur soit propriétaire de sa « création » industrielle, il faut que l'objet ainsi que la titularité du titre soient déterminés, que son périmètre soit délimité, qu'un équilibre soit instauré entre la protection des « *res nullius* » et la mise en place d'un monopole sur une chose immatérielle. Dès lors, l'enregistrement permet le respect de l'ordre public, d'une part, du domaine public, d'autre part, ainsi que des tiers et du titulaire, *in fine*. En effet, les tiers, protégés par les limites du droit, peuvent exercer une activité en n'enfreignant aucun droit, à condition d'effectuer une recherche d'antériorité. Plus encore, l'enregistrement est la condition *sine qua none* de sa titularité : contrairement aux droits de la propriété littéraire et artistique qui s'obtiennent dès la première fixation si l'œuvre est originale, la date à prendre en compte en matière de propriété industrielle est la date de la publication au registre¹²⁰ ainsi qu'au Bulletin officiel de la propriété industrielle pour être opposable à tous¹²¹. Mais le titulaire est réputé être propriétaire au jour du dépôt : l'obtention du titre a, pour conséquent, un effet rétroactif. Aussi, tout acte enregistré prend effet, à l'égard des tiers, au jour de la publication, et non au jour du dépôt, et l'acte n'est pas rétroactif, sauf en cas d'information directe.

En effet, un tiers peut être informé de l'enregistrement d'un droit par deux voies distinctes. Premièrement, le titulaire peut informer directement un tiers de la titularité d'un droit, à titre individuel¹²². La limite à cette voie de communication « directe » est l'absence d'effet *erga omnes*: tant que l'acte n'est pas publié au registre ainsi qu'au Bulletin officiel, national ou européen, il n'est pas opposable aux tiers. Cela souligne l'intérêt particulier de l'acte de dépôt : l'information aux tiers. Ce n'est que lorsqu'un acte est publié conformément aux dispositions légales qu'il est opposable. Pour autant, l'absence de publication n'affecte pas la validité de

¹²⁰ Par exemple, l'article L714-7, qui dispose du fait que « toute transmission ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques ».

¹²¹ Cass. Com., 31 octobre 2006, Bull. civ. IV, n° 206.

¹²² V. les articles L. 613-8 du CPI, L613-9 du CPI et L714-1 du CPI.

l'acte¹²³. Aussi, toute transaction effectuée sur un titre de propriété industrielle doit être publiée¹²⁴. Ainsi, par la publication des actes, un tiers peut facilement connaître la titularité et l'étendue du droit, grâce à une chaîne ininterrompue d'actes qui lui sont opposables.

En matière de brevets par exemple, qui protège une invention technique répondant aux conditions légales, il est indispensable pour le titulaire de définir, lors du dépôt, le domaine de protection qu'il revendique. En effet, l'article R. 612-3 du Code de la propriété intellectuelle impose au demandeur de fournir, au moment du dépôt, outre la description de l'invention « *une ou plusieurs revendications* ». L'article L. 612-6 du Code de la propriété intellectuelle précise que « *les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Elles doivent être claires et concises et se fonder sur la description* ». Le registre tenu par les offices comprend alors tous les brevets antérieurs, ainsi que ceux du domaine public, et ceux déposés. Ainsi, les propriétaires des titres sont les principaux défenseurs de leurs droits : c'est à eux de vérifier si aucun brevet n'empiète sur son domaine breveté, ou si une marque déposée a enfreint le périmètre de ses droits, au risque que le tiers oppose la forclusion par tolérance¹²⁵.

Par ailleurs, en matière de marques, l'office vérifie aussi les conditions de validité et effectue alors un contrôle de fond, mais les nouveaux déposants doivent eux-mêmes procéder à une recherche d'antériorité. Pour être enregistrée et valable, une marque doit être licite¹²⁶. Les décisions de l'Office français, contrôlé *a posteriori* par les juges et/ou par leurs homologues européens¹²⁷ contrôlent en amont les marques afin qu'elles ne portent pas atteinte au bon fonctionnement de la société : les marques ne peuvent être subversives, obscènes, racistes ou criminelles. Il est tout de même important de noter la subjectivité de la notion de « bonnes

¹²³ H. Deliquiet, L'incidence de la publicité des contrats sur l'action en contrefaçon, Les contrats de la propriété intellectuelle : Dalloz 2013, coll. Thèmes et commentaires CUERPI, p.10 ou Cass. Com., 24 juin 1986, n°84-17/419, Bull. Civ. IV, n°142.

¹²⁴ V. notamment les articles L. 613-9 du CPI (brevets), L. 714-7 du CPI (marques) ou L. 513-3 du CPI (dessins et modèles déposés).

¹²⁵ Si la marque postérieure a été déposée de « bonne foi » et si l'usage a été toléré pendant 5 ans, l'action en nullité engagée par le titulaire lésé n'est pas recevable (ancien article L. 716-5 du CPI, modifié par l'ordonnance n°2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits et de services, *préc. cit.*, qui transpose la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques Cette directive a laissé une marge de manœuvre aux Etats-membres de l'Union européenne quant à l'élargissement de principe de « forclusion par tolérance » à l'ensemble des titres industriels, choix qui n'a pas été fait par la France. A ce sujet « La réforme du droit des marques », Novagraaf, European Union, 10 décembre 2019 [en ligne].

¹²⁶ Art. L. 711-3 du CPI.

¹²⁷ Concernant une marque représentant une feuille de cannabis : Trib. UE, 12 déc. 2019, aff. T-683/18.

mœurs »¹²⁸. Aussi, l'Institut national de la propriété industrielle apprécie le caractère distinctif de la marque¹²⁹ : le signe doit être distinctif en fonction des produits et services désignés par la Classification internationale de Nice¹³⁰.

La difficulté pour les titulaires, ainsi que pour les tiers, concerne les marques de l'Union européenne : les différences de langues font qu'un signe peut être distinctif dans une langue, et ne pas l'être dans une autre. Ainsi, l'Office européen apprécie la distinctivité dans une majorité de pays¹³¹, cela relève de l'appréciation subjective de ses membres, qui interprètent la demande de marque *in concreto*, en fonction du terme et de sa connaissance par un « consommateur » moyennement averti. Cela peut nuire à l'harmonisation des droits. Néanmoins, ils n'effectuent pas la recherche de disponibilité¹³² mais disposent d'une base de données regroupant tous les enregistrements, leurs signes, numéros et dates de dépôts, ainsi que les titulaires et les transactions effectuées. Les tiers doivent alors effectuer leurs recherches d'antériorités afin d'enregistrer une marque, ce qui n'est pas toujours une mission rapide et peut s'avérer complexe.

§2. Les faiblesses de l'acte d'enregistrement

Les droits de propriété intellectuelle, dont les droits d'auteur, sont un élément de stratégie économique majeur : d'énormes investissements sont effectués, en toute évidence, dans le secteur du droit des brevets, mais aussi dans le secteur de l'audio-visuel, du cinéma, des logiciels ou dans l'industrie du luxe. Cependant, l'essence du titre réside dans la preuve d'une antériorité.

En matière de propriété littéraire et artistique. Nous avons dès lors évoqué les incidences de l'absence d'enregistrement en droit d'auteur, en matière de preuve et de sécurité juridique des tiers notamment, ce qui reste une problématique constante quant à la protection d'actifs

¹²⁸ Y. Basire, « Je suis Charlie » : la tentative de récupération d'un « symbole » par le droit des marques ; prop. indus. 2015, n°3, étude n°5.

¹²⁹ Art. L. 711-2 du CPI.

¹³⁰ Class. Nice, Décr. N°60-454 du 4 mai 1960, *JO* 14 mai 1960.

¹³¹ TPI, 27 fév. 2002, *Ellos c/ OHMI*.

¹³² Art. L. 711-4 du CPI.

immatériels. Nous pouvons rappeler ici que, contrairement aux droits de la propriété industrielle, aucune vérification des conditions relatives à l'ordre public n'ait effectué, au nom de la liberté d'expression et de création. Le droit d'auteur peut alors protéger un contenu vulgaire, choquant ou pornographique, dans le respect de la loi. Toutefois, des procédures d'enregistrement sont exigées afin d'effectuer un contrôle *a priori*, non pas pour juger de l'originalité de l'œuvre mais pour constater sa diffusion au public ou dans un besoin de contrôle. L'objectif de l'enregistrement est différent de celui qu'il s'agira d'aborder concernant les titres industriels. En effet, en matière de dépôt légal, le Code du patrimoine exige le dépôt de certains documents, notamment des bases de données et des logiciels¹³³. Aussi, le Code du cinéma et de l'image animée exige l'immatriculation de certaines œuvres cinématographiques, pour les actes énumérés par la loi, en tant que registre pour contrôler les financements réglementés dans le domaine du cinéma ou encore concernant la délivrance de visas d'exploitation cinématographique. Cependant, en aucun cas ces registres ne délivrent des « droits » à proprement dits ; seul le juge peut apprécier l'originalité d'une œuvre. D'ailleurs, dès les années 1970, la Cour d'appel de Paris a estimé que « *l'inscription du titre d'un film au Registre public de la cinématographie ne confère en elle-même aucun droit ; le dépôt est destiné à assurer le support de la publicité des actes juridiques portant sur le film* »¹³⁴.

En matière de propriété industrielle. Les offices possèdent des bases de données informant tout intéressé lors de ses recherches : droit du concurrent d'une marque, état de l'art antérieur, ou encore dessins et modèles tombés dans le domaine public, plus de deux millions de marques et de slogans sont regroupés en classes. La base brevet comporte, quant à elle, quatre-vingts pourcents de l'information scientifique, en enregistrant quatre millions de brevets, et la base « statut des brevets » permet une information rapide concernant la délivrance et la validité de ces derniers. La base Worldwide, tenue par l'OEB, compte, quant à elle, une base de plus de soixante-cinq millions de brevets de quatre-vingt-dix pays différents. Ainsi, ces registres mis à la disposition du public en ligne permettent aux titulaires et aux futurs titulaires d'effectuer une véritable stratégie de défense.

Chacun peut ainsi savoir ce qui existe dans tel ou tel domaine d'invention, peut ensuite

¹³³ Art. L. 132-3 et L. 132-7 du Code du patrimoine, depuis la loi du 19 mai 1994.

¹³⁴ CA Paris, 15 avril 1972, *Télémondial c/ Warner Bros* [en ligne]. Disponible sur : <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/1972/INPIM19720538> (consulté le 07/04/2020).

étudier l'intérêt de son dépôt et vérifier la liberté d'exploitation en la comparant aux autres inventions. Aussi, cela peut être une stratégie d'offense : une entreprise peut annuler un brevet gênant, s'allier à d'autres entreprises ou conclure des partenariats. Pour cela, une veille stratégique « intellectuelle » s'ajoute à la veille commerciale, technologique ou concurrentielle. En revanche, malgré les bases de données complètes, gratuites des Offices, qui mettent aussi en place des Guides (bases, brochures, modules « *e-learning* », études, foires aux questions, numéro d'accueil et de conseil, revues), la recherche d'antériorité ne s'avère pas toujours intuitive et exige parfois des compétences ou l'aide de professionnels de la propriété intellectuelle, ce qui engendre d'importantes dépenses pour les entreprises. La recherche d'antériorités pour les marques et pour les dessins et modèles n'est pas complexe mais elle demande l'attention toute particulière des titulaires ainsi que des tiers. Les bases de données permettent d'élargir aux noms proches, de combiner différents caractères notamment grâce à la recherche avancée. Pour les dessins et modèles, la recherche est moins intuitive car il s'agit de trouver des formes et des images par des « mots-clés ». La recherche par classe – trente-deux classes principales et deux-cent dix-neuf sous-classes - permet de préciser la recherche. Là encore, la recherche avancée permet de combiner différents critères, tels que les titulaires, l'objet ou la date d'obtention du titre.

Cependant, la recherche d'antériorité exige plus de compétences en matière de brevet. Afin de lire un brevet, il faut les connaissances requises. La première page d'un brevet comprend les références bibliographiques ainsi que le résumé des techniques et peut contenir des dessins. Ensuite, la description et la (les) revendication(s) informent précisément les tiers de l'objet protégé. Afin d'être intelligible et reproductible par l'Homme de métier « *qui possède toutes les connaissances normales de la technique en cause, d'exécuter l'invention sans effort excessif grâce aux informations fournies par le brevet et ses propres connaissances, ou qui a mis en œuvre un effort raisonnable de réflexion* »¹³⁵, la description doit elle-même être élaborée par celui-ci. Dès lors, les revendications servent à délimiter clairement l'objet protégé de l'invention, elles sont primordiales pour préserver la sécurité juridique. Mais le brevet n'est publié que dans les dix-huit mois après son dépôt et la base des brevets est une source d'information qui exige du temps et des connaissances. Il est recommandé, via le moteur de recherche, de balayer les deux-cents résultats les plus proches des mots-clés pertinents choisis.

¹³⁵ TGI Paris, 23 mars 2018, n°15/12348, *Bayer c/ Gerbet*.

Ensuite, il s'agit d'étudier les brevets pertinents. Cela exige un réel travail de recherche afin d'atteindre un résultat fiable et juridiquement sécurisé : il s'agit pour le concurrent de ne pas breveter ce qui relève du domaine public, auquel cas son brevet sera sanctionné pour défaut de nouveauté, ou de ne pas outrepasser le domaine de protection d'un tiers, auquel cas le titulaire lésé pourra agir contre lui.

Ces bases de données s'avèrent très utiles mais elles représentent une épée de Damoclès permanente à l'égard des tiers : au même titre que le veut l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* », nul n'est censé ignorer les droits de propriété industrielle protégés. Tous les tiers sont présumés informés des droits et des titulaires des droits. L'imitation d'une marque sera qualifiée de contrefaçon s'il existe un risque de confusion, au même titre que la reproduction d'un produit déjà breveté, cela peut engendrer de lourdes conséquences ; la bonne foi ne pouvant être revendiquée que dans peu de situations¹³⁶. Mais ce système, qui repose sur une totale responsabilisation des tiers, suffit-elle à maintenir une sécurité vertueuse et permanente ? La recherche d'antériorité s'avère longue, tant pour les petites et moyennes entreprises que pour les entreprises qui déposent énormément de droits, les coûts sont élevés, sans oublier le risque des coûts de potentiels contentieux.

¹³⁶ Les seules mentions de la « bonne foi » en matière de propriété intellectuelle : en matière de possession personnelle antérieure (article L. 613-7 du CPI), en matière de forclusion par tolérance (ancien article L. 716-5 du CPI) et, indirectement, en matière de contrefaçon (article L. 613-4 du CPI). Outre ces faits, la bonne foi est indifférente. – V. P-Y. Gautier, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil », *préc. cit.* – V. Cass. civ., 10 juillet 2013, n° 12-19170.

CONCLUSION : CHAPITRE 1

Nous ne cessons de souligner que le droit de propriété concédé par le législateur à un titulaire de droits de propriété intellectuelle n'est pas absolu : le titulaire doit respecter de nombreuses obligations de fond, directement liées à la propriété intellectuelle, ou au droit de la concurrence par exemple, mais aussi des obligations de forme, afin de respecter le droit des tiers. Un monopole trop important au titulaire d'un titre ferait défaut à la construction d'un système vertueux, permettant l'innovation dans l'intérêt de tous. Le droit sur l'invention ou la création « retiré » du domaine public oblige le tiers à demander une autorisation au titulaire *officiel* dans de nombreux cas. Ce processus restreint le droit des tiers qui ne peuvent reproduire ou imiter sans tomber sous le joug de la contrefaçon. Afin de contrebalancer ce monopole, l'objet protégé doit être valable et satisfaire aux conditions, et la protection n'est qu'éphémère, ou nécessite une attention particulière des titulaires, qui doivent renouveler leur marque ou payer des annuités. Mais les droits qui s'acquièrent sans registre, la difficile épreuve de la recherche d'antériorité, la méconnaissance des droits se trouvent confrontés à la rapidité du commerce, à l'augmentation des dépôts, à la croissance exponentielle de l'intérêt pour la propriété intellectuelle. Il s'agit alors de questionner un système qui évolue au fil du temps, des réformes, des nouvelles technologies ; il s'agit alors de trouver des réponses en s'inspirant des systèmes internationaux.

Chapitre 2 – Sécuriser les titres, renforcer leur signalisation *a priori*

Le dépôt d'un titre peut être cher, lent, parfois fastidieux, mais le titulaire d'un droit protégeable a tout intérêt à l'enregistrer, cela dans une véritable stratégie d'entreprise. Au-delà du retour sur investissement que cela procure en permettant, notamment, de le céder, de conclure des contrats de licence, le dépôt dissuade les tiers informés de sa protection. Mais, seul un tiers averti des enjeux de la propriété intellectuelle, seul un tiers qui prend le temps d'effectuer une recherche d'antériorité étudiée *a priori* a réellement pris connaissance de ce qu'il peut ou non déposer, ce qu'il doit respecter, ce qu'il doit conserver secret. Il s'agira aussi d'aborder un nouveau mode de registre, par une nouvelle technologie permettant de sécuriser de manière infaillible une information enregistrée. Alors, face aux critiques contre un système « lourdement » administratif, parfois rudement juridique, pas assez sécurisé, deux solutions semblent « révolutionner » les modes préventifs d'information : le marquage, et la *blockchain*.

Le marquage est utilisé de façon quasi-systématique par les titulaires de marques américaines¹³⁷, canadiennes¹³⁸ ou encore mexicaines¹³⁹. Dans certains Etats, ou lorsqu'une entreprise souhaite s'étendre à l'international, le marquage est une précaution non sans intérêt. Mentionner un sigle pour informer le public des droits pallie les lacunes de certains registres, favorise la prévention de certains litiges, illustre la volonté de l'entreprise de conserver son image de marque, ou d'innovateur par le dépôt de brevet, séduit les clients et avertit les tiers (Section 1). Une autre méthode de sécurisation des droits par l'ancrage d'une œuvre certifiant son antériorité doit être étudiée : la *blockchain*. Cette nouvelle technologie ouvre de nombreuses possibilités en matière d'enregistrement, notamment dans les pays en voie de développement qui n'ont pas d'offices d'enregistrement, mais aussi dans les pays ayant développé un droit de la propriété intellectuelle substantiel (Section 2).

¹³⁷ Chanel marque ses produits par la marque « Chanel – PARIS » mais aussi par la marque « Chanel ® INC. – NEW YORK, N. Y. 10019.

¹³⁸ Par exemple, les titulaires de la marque « Canada Goose » mentionne le sigle « ® » en haut à droit de sa marque sur ses produits et services.

¹³⁹ La célèbre marque de boisson mexicaine « Jarritos », qui s'étend de plus en plus à l'international, utilise le sigle « ® » en haut à droit de la marque.

Section 1 – Le marquage : un intérêt préventif, un régime juridique inexistant

Certes, le marquage ne possède, par principe, aucune valeur juridique, mais il n'est pas dénué d'intérêts, ni de conséquences juridiques, et demande une attention particulière en matière de titres déposés (A), comme en matière de droits d'auteur (B).

§1. Un avertissement immédiat des droits enregistrés

Contrairement aux droits de propriété littéraire et artistique, les droits de propriété industrielle doivent être enregistrés, l'acte de dépôt permettant d'informer les tiers de la titularité des droits, à condition que ces derniers effectuent une recherche d'antériorité préalable. Le marquage, quant à lui, constitue un symbole de communication facilement reconnaissable, largement utilisé dans les pays développés, capitalisés, d'abord anglo-saxons, puis dans les pays où les exportations sont un facteur d'économie majeur comme la Chine, et de plus en plus utilisé en Europe, notamment pour les œuvres numériques.

En matière de marques. La lettre « R » entourée ainsi : ®, qui signifie « Registered Trade mark », est utilisée par les titulaires d'une marque enregistrée pour signaler aux tiers l'enregistrement administrative de celle-ci. Elle informe le public que la marque fait l'objet d'une protection, que le titulaire bénéficie d'un monopole d'exploitation éphémère ou perpétuel¹⁴⁰. Les lettres « TM », quant à elles, mentionnées « TM », signifient que la marque est en cours d'enregistrement pour les produits et pour les services¹⁴¹ : elle a été déposée et peut l'être après vérification des conditions par les offices et la publication de celle-ci au BOPI. Bien que largement utilisés, ces symboles n'ont aucune valeur en France ou au sein de l'Union européenne. L'article 5 paragraphe D de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle précise qu'aucun « *signe ou mention [...] de l'enregistrement de la marque de fabrique ou de commerce [...] en sera exigé sur le produit pour la reconnaissance du droit* ». L'utilisation des symboles ne signale en aucun cas l'existence de droit sans

¹⁴⁰ Les droits portant sur les brevets et les dessins et modèles sont limités dans le temps. Le brevet est soumis au paiement d'annuités et ne peut être protégé que pendant vingt ans, tandis que les dessins et les modèles sont protégeable pendant cinq ans renouvelable quatre fois. Le droit des marques, quant à lui, protège le signe valablement enregistré pendant dix ans, période qui est indéfiniment renouvelable.

¹⁴¹ Pour les services, les lettres « s » et « m » sont de plus en plus utilisé, comme tel : « SM ».

enregistrement auprès des offices compétents étudiés.

Cependant, l'absence de marquage peut être problématique et exige la sensibilisation des titulaires de droits en la matière, lors d'une extension des droits à l'international, particulièrement dans les pays anglo-saxons. Le dépôt d'une marque n'étant pas nécessaire à sa protection¹⁴², les tiers qui effectuent ou non une recherche d'antériorité ne seront pas informés de son existence. Ainsi, lors d'une action en contrefaçon dans certains pays de *common law*, aux Etats-Unis ou au Canada, un contrefacteur peut échapper à la condamnation s'il démontre qu'il ne pouvait connaître l'existence d'un droit de propriété sur ladite marque¹⁴³. Ainsi, malgré la reproduction et l'atteinte au droit enregistré, le titulaire peut se retrouver confronté à l'affaiblissement de la peine du contrefacteur, voire au rejet de l'appréciation de la contrefaçon, le juge étant convaincu de sa bonne foi¹⁴⁴. Il est donc fortement conseillé aux titulaires d'apposer volontairement les mentions « ® » ou « ™ » en respectant des formalités bien établies. En effet, rares sont les cas où la défense du contrefacteur emporte l'intime conviction du juge lorsque les objets protégés sont signalés par un marquage.

Rajouter un symbole sur une dénomination sociale, un nom commercial ou une enseigne n'aura aucune valeur juridique si le signe n'est pas régulièrement enregistré en tant que marque¹⁴⁵. Si le titulaire décide de le placer sur un signe, le signe doit être déposé, dépôt qui informe les tiers qu'il est en phase d'instruction ou valablement enregistré. Concernant la forme, le symbole ne connaît pas de condition particulière de positionnement : il peut être intégré dans la marque lors du dépôt¹⁴⁶, ainsi que dans les chartes graphiques pour que les partenaires, licenciés, filiales ou distributeurs l'intègrent aussi. Si le symbole n'est pas déjà intégré dans le dépôt, il est possible de faire un nouveau dépôt, de préférence en conservant l'autre, auquel cas le titulaire risque de perdre la date d'antériorité. Cependant, les marques doivent être utilisées, sinon les tiers peuvent effectuer une action en déchéance pour défaut

¹⁴² S. Verville, La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire, Les cahiers de droit, vol 54, n°4, 2013, p. 689/729 : les marques peuvent être protégées par l'usage pour les biens et services concernés.

¹⁴³ S. Verville, *préc. cit.*, p. 711 et suiv.

¹⁴⁴ L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹⁴⁵ Il peut tout de même avoir un intérêt en matière de *copyright* ou de droit d'auteur, la mention © suivie du nom de l'auteur et de la date de création peut potentiellement démontrer un titre de propriété, à un certain titulaire et une certaine date pour les œuvres, notamment les logiciels.

¹⁴⁶ TUE, 27 juin 2013, aff. T-89/12, *Repsol YPF SA contre OHMI*.

d'usage sérieux¹⁴⁷ – à l'exception de la marque notoire.

Dès lors, il est préférable d'enregistrer les marques utilisées pour les biens et services exploités et d'y ajouter le symbole « ® » lorsque le dépôt est en cours, ou « ™ »¹⁴⁸ lorsque la marque est enregistrée, et uniquement dans ce cas-là. En effet, même si l'utilisation de ces sigles dépend de la volonté du titulaire, les mentionner alors que la marque n'est ni déposée, ni enregistrée peut être jugé comme un comportement déloyal par les juridictions européennes et nord-américaines. C'est ainsi que de nombreuses sociétés américaines ont été condamnées en justice, pour avoir tenté « *de tromper ou fourvoyer les consommateurs ou d'autres acteurs économiques en leurs faisant croire que la marque est enregistrée* »¹⁴⁹. Toutefois, même si le marquage est une solution rapide et efficace pour prévenir les tiers d'un droit, il ne suffit pas : le marquage ne mentionne pas les produits et services pour lesquels la marque a été enregistrée. D'un point de vue formel, le registre est essentiel ; mais il l'est tout autant par l'approche de la fonction essentielle de la marque, de son objet spécifique¹⁵⁰ : distinguer les produits et services offerts sur le marché par une entreprise de ceux offerts par une entreprise concurrente. Or, les libellés doivent être désignés avec clarté et précision, telle est la position de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵¹ et des droits nationaux¹⁵². Aussi, la marque est soumise au principe de territorialité : le marquage ne permet pas d'indiquer dans quel pays le bien ou le service est protégé sous ce signe distinctif.

En matière de brevets. Le marquage trouve tout son intérêt dans les pays influencés par le droit civil comme à l'international et dans les pays de *common law*. En effet, outre la difficulté

¹⁴⁷ « Encourt la déchéance de ses droits le titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq ans. Le point de départ de cette période est fixé au plus tôt à la date de l'enregistrement de la marque ». Article L. 714-5 du CPI.

¹⁴⁸ Notons toutefois que la problématique du « ™ », qui pourrait être utilisé notamment sur les sites internet afin de prouver l'authenticité de la marque, pourrait être confronté à l'extension du Turkménistan. A ce sujet, voir l'article du Cabinet Dreyfus, « Rappel sur la procédure UDRP : un mécanisme de règlement des litiges conçu essentiellement pour lutter contre le cybersquatting », *prop. indus.* n° 2, fév. 2020 alerte 14.

¹⁴⁹ North Atlantic Operating Co., Inc. et al v. DRL Enterprises, Inc. Opposition No. 91158276, Sept. 21, 2010.

¹⁵⁰ OHMI, 3^e ch., rec., 28 juin 2000, Les Grands Chais de France, R 464/1999-3, §11.

¹⁵¹ CJUE, 19 juin 2012, aff. C-307/10 : JurisData n°2012-015936 ; *prop. inus.* 2012, comm. 65, note A. Folliard-Monguiral.

¹⁵² « La marque de produits ou de services est un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales.

Ce signe doit pouvoir être représenté dans le registre national des marques de manière à permettre à toute personne de déterminer précisément et clairement l'objet de la protection conférée à son titulaire ». Article L. 711-1 du CPI, issu de l'Ordonnance n°2019-1169 du 13 novembre 2019, *préc. cit.*

de la lecture des brevets, une autre problématique vient affaiblir la sécurité juridique des différents protagonistes. Lorsque l'inventeur a déposé une demande de brevet, il existe une période de latence durant laquelle les tiers ne sont pas informés de la demande de propriété sur l'invention. En effet, lorsqu'un titulaire a déposé une demande de brevet, une période de dix-huit mois s'écoule avant que la demande soit publiée au registre, dix-huit mois durant lesquels un dialogue entre l'Institut national de la propriété industrielle et le futur titulaire détermine le périmètre du droit¹⁵³. Il est évident que les produits brevetés ne doivent pas être commercialisés ou divulgués lors de partenariats antérieurs à la demande¹⁵⁴, au risque de nuire à la condition de nouveauté : l'objet protégeable fera partie de l'art antérieur, du domaine public. C'est à compter du dépôt que les sigles prennent toute leur importance. La mention « *Patent pending* » ou « *Patent filled* » permet d'avertir quiconque que le dossier est déposé à l'office et peut être utilisé pour pallier l'insécurité juridique de ce délai laissant les parties dans une situation juridiquement instable. Dès lors, les tiers peuvent connaître la demande de réservation, mais cela ne signifie pas que le brevet soit délivré. Ce n'est qu'une fois que l'objet protégé est enregistré et publié, publiquement accessible – à condition de détenir la clé publique, que la mention « Patent » peut être apposée, signifiant que l'office dans lequel la demande a été déposée a délivré le brevet.

En matière de dessins et modèles. Nous avons précisément abordé le principe de l'enregistrement du dessin ou du modèle industriel dans le droit de l'Union européenne¹⁵⁵. Le même système existe en *common law* : les titulaires ont l'obligation de déposer une création pour être propriétaire d'un droit. De manière moins fréquente que pour les marques ou les brevets, les mentions « modèle déposé » ou « modèle enregistré » sont écrites à titre préventif sur les dessins ou modèles. Le marquage de celui-ci en tant que dessin ou modèle déposé entre dans la logique de signalisation déjà établie en droit des marques ou en droit des brevets. Toutefois, le dessin et modèle connaît un régime bénéfique en droit européen du fait de son cumul avec le droit d'auteur, ce qui a pour conséquence un nombre de dépôt faible par rapport aux autres droits. Ainsi, cela complexifie la simplification de l'information des droits : le dessin ou le modèle peut être protégé par le droit d'auteur, ou par le droit des dessins et modèles

¹⁵³ Art. L612-21 et R612-3 du CPI.

¹⁵⁴ Sauf concernant le secret d'affaire : il est alors conseillé de signer des accords de confidentialité même durant les dix-huit mois de l'étude du dossier par l'office, qui est une phase où le périmètre de l'objet protégé peut être modifié.

¹⁵⁵ N. Binctin, *Droit de la propriété Intellectuelle - droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ, 5^e éd., novembre 2018.

communautaires non enregistrés s'il s'agit du territoire européen, alors qu'il n'est pas marqué, ni enregistré par un registre. Un symbole pourrait-il signaler aux tiers la revendication d'un droit sur un dessin ou un modèle ? Cela serait sans doute en contradiction avec le régime du dessin et modèle, qui n'est qu'un titre de protection d'urgence, « faible » et très limité dans le temps, sauf en cas de renouvellement.

Conférer un régime juridique afin de sécuriser l'information peut être intéressant, notamment en s'inspirant de la loi chinoise sur les brevets, qui peut être élargie à tous les titres : la loi chinoise propose un système attrayant pour préserver la sécurité des titulaires et des tiers, notamment lors de l'exportation de leurs produits¹⁵⁶. L'article 17 sur la loi sur les brevets de la République populaire de Chine indique que seul le titulaire, ou le licencié autorisé par le titulaire, a le droit d'indiquer le marquage sur le brevet, ainsi que son numéro de publication¹⁵⁷, sur tous les produits et emballages, ou d'autres supports comme la description du produit. Des mentions sont distinctes selon le fait qu'il s'agisse d'une demande de brevet en instance¹⁵⁸, d'une invention¹⁵⁹, d'un dessin¹⁶⁰ ou d'un modèle¹⁶¹ utilisé, ou encore si c'est un produit obtenu par une méthode brevetée. Ainsi, les intérêts du marquage sont éclairés, à condition que les sigles soient universels. Cela permet d'informer les tiers de la phase procédurale dans laquelle se trouve le droit. Il peut agir en conséquence : par des revendications, par une action en opposition, ou en nullité par exemple. Mentionner un signe n'est pas interdit dans l'Union européenne, et il est même conseillé, l'usage de sigle quasi-universel et la connaissance de ces sigles par une grande majorité du public permet de signaler rapidement et efficacement la revendication d'un droit de propriété industrielle.

§2. Un avertissement immédiat des droits non-enregistrés

Dans les pays anglo-saxons, la mention « c » entourée, soit « © », généralement suivie

¹⁵⁶ « Le marquage de brevet sur les produits », Chine PI, Le blog sur la propriété intellectuelle en Chine, mis en ligne le 17 septembre 2018. Disponible sur : <https://chinepi.com/le-marquage-de-brevet-sur-les-produits/> (consulté le 02/04/2019).

¹⁵⁷ Le numéro de brevet est composé des mentions « ZL » suivie par neuf ou treize chiffres, les quatre premiers chiffres représentent l'année ; le cinquième chiffre représente le type de brevet.

¹⁵⁸ Mentionné « 专利申请, 尚未授权 ».

¹⁵⁹ Mentionné « 中国发明专利 ».

¹⁶⁰ Mentionné « 中国外观设计专利 ».

¹⁶¹ Mentionné « 中国实用新型 ».

du nom de l'auteur ainsi que de la date de la première publication de l'œuvre, est souvent utilisée. Elle signifie *copyright* et informe les tiers que le titulaire revendique des droits sur l'œuvre, ne pouvant l'utiliser que dans les limites du *fair use*¹⁶². Ce marquage fut, à l'origine, utilisé lors de l'export de leurs œuvres, afin de signaler à quiconque que les droits font l'objet d'une protection. La Convention de Berne de 1886, suivie de la Convention de Genève du 6 septembre 1952, sont une réponse à l'internationalisation des échanges, où le droit d'auteur a une place particulière. Le principe de l'absence de formalité préalable définit dans la Convention de Berne et instauré dans l'ensemble des Etats signataires reconnaît la création de droit à partir du moment où l'empreinte de la personnalité de l'auteur est matérialisée de façon originale : dès sa création¹⁶³.

Cependant, les pays inspirés du droit anglo-saxon, tels que les Etats-Unis ou le Canada ont longtemps exigé des formalités préalables à la délivrance d'un titre de propriété¹⁶⁴, et, aujourd'hui encore, mettent en place un certain nombre de principes de forme, dont le dépôt et le marquage. Au Canada, Etat signataire des deux conventions, les articles 54 et suivants de la loi sur le droit d'auteur mentionnent que l'enregistrement d'une œuvre est optionnel près de l'Office de la propriété intellectuelle canadienne, mais précisent que le droit d'auteur naît, quoi qu'il en soit, à partir de la création de celle-ci¹⁶⁵ : l'enregistrement n'est qu'un moyen de preuve. En effet, les droits sur l'œuvre naissent de la simple création de l'œuvre, aucune formalité de dépôt ne peut créer un droit d'auteur. Aux Etats-Unis, le paragraphe 705 de l'article 17 du Code des Etats-Unis¹⁶⁶ présente un système similaire au système canadien : l'enregistrement au

¹⁶² La notion de *fair use* est différente des exceptions de l'article L. 122-5 du CPI. Aux Etats-Unis, le défendeur, lors d'une action en contrefaçon, peut se dégager de toute responsabilité en démontrant que l'usage litigieux est raisonnable et entre dans la notion de *fair use*. Cette notion permet aux tiers de reproduire ou représenter l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur, en vertu du §107 du Code des Etats-Unis. Celui-ci précise que cet usage s'interprète en fonction de certains critères, notamment « *l'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif* », « *la nature de l'œuvre protégée* » ou encore « *la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée* ». En France, l'article L. 122-5 du CPI a dressé une liste des exceptions au droit d'auteur. Précisons toutefois que la législation des Etats en matière de droit d'auteur est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. – V. notamment « L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences, RLDI, n°20, 1^{er} oct. 2006.

¹⁶³ V. notamment l'article 408 du Copyright Act américain de 1976 « *l'enregistrement n'est pas une condition de la protection par le droit d'auteur* ».

¹⁶⁴ John TEHRANIAN, *The emperor has no copyright: Registration, Cultural Hierarchy, and the Myth of American Copyright Militancy*, (2009) 24 Berkeley Tech. L.J. 13999.

¹⁶⁵ Sheldon BURSHEIN, *The corporate Counsel Guide to Intellectual Property Law*, Aurora, Canada, Law Book, 2000, p. 90 et 91.

¹⁶⁶ Article 17 U. S. Code, §705.

registre du Bureau des Congrès de Washington¹⁶⁷, est facultatif, mais peut être effectué, le coût d'un dépôt variant entre trente-cinq et cinquante dollars américains selon le type de procédure. Un simple formulaire ainsi que deux copies de la meilleure édition, si c'est une livre, ou d'un enregistrement, si c'est un disque, peuvent y être déposés. Une procédure spécifique existe pour les œuvres. Dès le dépôt, la « notice de Copyright »¹⁶⁸ doit être respectée, à savoir la mention du « © » suivie du nom du titulaire et de l'année. Ce marquage est une condition préalable à l'obtention de dommages et intérêts statutaires¹⁶⁹ ainsi qu'au remboursement de frais d'avocat¹⁷⁰.

La Convention de Genève vient tempérer, plutôt préciser, le principe général pour les pays qui exigent une formalité à titre probatoire, en son article III : « *Tout Etat contractant qui, d'après sa législation interne, exige à titre de condition de protection des droits des auteurs, l'accomplissement de formalités telles que dépôt [...] doit considérer ces exigences comme satisfaites, pour toute œuvre protégée aux termes de la présente convention [...] si, dès la première publication de cette œuvre, tous les exemplaires de l'œuvre portent le symbole accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication* ». Pour éviter les formalités préalables à l'enregistrement des œuvres créées en dehors des Etats-Unis, formalités perçues comme lourdes et contraignantes au regard du principe de libre-circulation des marchandises, les mesures de publicité étaient considérées comme accomplies si le titulaire avait fait mention de la « notice de Copyright ». Cette notice permet de se prévaloir de la présomption de la qualité d'auteur de l'œuvre jusqu'à preuve du contraire et d'obtenir des dommages et intérêts statutaires ainsi que le remboursement des frais d'avocat dans des pays tels que les Etats-Unis.

Nous pouvons toujours questionner les modes de gouvernance fondés sur l'exemple américain dans lesquels l'absence de marquage des œuvres empêche la réparation totale du préjudice subi. Un tel régime remet en cause la substance même du principe d'absence de formalité pour revendiquer la titularité, qui devrait donner la possibilité d'interdire la reproduction et d'obtenir réparation *de facto*, dès la création de l'œuvre. En effet, en cas de litige, le sigle permet de présumer que le titulaire est bien celui dont le nom a été mentionné, l'auteur n'aura donc pas à

¹⁶⁷ V. notamment le site officiel du Copyright Office.

¹⁶⁸ V. notamment l'article 401 du Copyright Act de 1976.

¹⁶⁹ Article 504 du Copyright Act.

¹⁷⁰ Article 505 du Copyright Act.

prouver qu'il a créé telle œuvre à telle date. La jurisprudence française, pourtant soumise à la Convention de Genève, ne tient pas compte de la mention du « © » suivie du nom de l'auteur pour l'obtention de dommages et intérêts, mais l'année et le nom de l'auteur pourraient simplement être une simple présomption de titularité vertu de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷¹, ou lors de la revendication d'une œuvre collective¹⁷². L'arrêt récent de la Cour d'appel de Bordeaux le démontre : une présomption de titularité des droits d'auteur est effectuée en faveur de la personne qui fait exploitation non équivoque d'une œuvre sous son nom¹⁷³. Paradoxale aux premiers abords, la pratique de dépôt des droits en matière de *common law* est complémentaire au marquage : l'enregistrement préalable n'est pas une formalité obligatoire *ad validatem* d'un titre, mais uniquement *ad probationem*, ce qui procure un avantage indéniable pour le déposant¹⁷⁴.

Par conséquent, la notice de copyright n'est pas obligatoire, ni en France, ni dans l'Union européenne, où elle n'a aucune valeur juridique - si ce n'est, de façon très lointaine, par la Convention de Genève. Toutefois, le marquage est fortement conseillé lors de l'exportation d'une œuvre, afin que le titulaire puisse obtenir réparation du préjudice subi par la contrefaçon¹⁷⁵ ; et ce dans une forme particulière, à savoir le sigle « © » suivi du nom de l'œuvre, du nom de l'auteur et de la date de création. Par conséquent, grâce à ce symbole, chaque utilisateur a pris connaissance du fait que l'œuvre qu'il utilise est protégée, son utilisation doit être autorisée par l'auteur ou les ayant-droits. *A contrario*, le titulaire d'un droit d'auteur peut aussi montrer aux tiers qu'il autorise préalablement certains actes. Plus précisément, l'émergence d'Internet et la philosophie du copyleft¹⁷⁶ a une réflexion similaire : il s'agit d'informer les tiers que, d'une part, l'œuvre est soumise à un droit d'auteur, mais que l'auteur de celle-ci autorise certains actes comme l'utilisation, l'étude ou la diffusion de

¹⁷¹ En Belgique, l'article XI.170 al.2 du Code de droit économique indique qu'est présumé auteur « *quiconque apparaît comme tel sur l'œuvre, sur une reproduction de l'œuvre, ou en relation avec une communication au public de celle-ci, du fait de la mention de son nom ou d'un sigle permettant de l'identifier* ». Cependant, cela n'est qu'une présomption simple, précisé par l'ajout « *sauf preuve contraire* ».

¹⁷² « *Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Article L. 113-2 al. 3 du CPI,

¹⁷³ CA Bordeaux, 3 juillet 2017, RG n°16/00295.

¹⁷⁴ D. Vaver, *Intellectual Property Law, Copyright, Patents, Trademark*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2011, p. 62 et suiv.

¹⁷⁵ P. Kamina, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2017, n°195 – J-M. Brugiere, *Le droit du copyright anglo-américain*, coll. Connaissances du droit, Paris, Dalloz, 2017, p. 62.

¹⁷⁶ Qui peut être traduite par le jeu de mot « gauche d'auteur », en opposition à « droit d'auteur ».

l'œuvre. Cependant, toute la chaîne d'utilisation est soumise à ces libertés. Dès lors, l'utilisateur qui modifie l'œuvre doit redistribuer sous ces mêmes libertés, et ne peut revendiquer de « copyright » sur les réutilisation de l'œuvre originale ; il est lié par ce qu'on nomme les licences « *creative commons* »¹⁷⁷.

Ces sigles, qui répondent au besoin d'informer les tiers de la titularité des droits sur une œuvre, ou plus globalement, sur une marque ou une invention, sont de plus en plus utilisés sur Internet par les internautes, créateurs de sites, de logiciels ou d'autres œuvres numériques. En effet, le web ne connaît pas de frontières, et les œuvres dématérialisées n'ont jamais été autant diffusées au public, facilement modifiables, couramment altérées, et l'intérêt du marquage pour les œuvres logicielles, les livres numériques, les photos ou les sites internet permet une véritable protection des tiers en démontrant leur volonté de revendiquer des droits. Mais, outre le fait que le sigle ne démontre pas l'originalité du titre et la réelle titularité d'un titre, qui ne peuvent être appréciées que par un juge lors d'une action en justice, le marquage a un autre inconvénient : l'année de création mentionnée ne permet pas de déterminer la durée des droits : une œuvre tombée dans le domaine public en France peut ne pas l'être ailleurs. Par exemple, la fameuse œuvre d'Antoine de Saint Exupéry, intitulée Le Petit Prince, aurait dû être protégée pour cinquante ans et tomber dans le domaine public à compter du 1^{er} janvier 1994 ; mais par le jeu de l'article L. 123-10 et de l'extension des auteurs morts pour la France, elle est protégée jusqu'en 2032, alors que l'œuvre est tombée dans le domaine public en Turquie, au Canada, au Japon ou encore, en Belgique¹⁷⁸. La mention du sigle « © » ne permet donc pas de déterminer si l'œuvre est librement utilisable ou non.

Section 2 – Une possible métamorphose des formalités de dépôt par la *blockchain*

La *blockchain* amène une nouvelle approche de l'enregistrement de droits (A), approche majeure lorsqu'il s'agit d'étudier ce que peut devenir un registre de propriété intellectuelle grâce à cette nouvelle technologie (B).

¹⁷⁷ T. Giraud, « Droit d'auteur : Les licences Creative commons, une culture du partage », *Juris art etc.*, JAC 2014, n°10, p. 36. – V. aussi M. Tual, « L'esprit d'Aaron Swartz plane toujours sur le Web », 23 mars 2017 [en ligne]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/03/23/quatre-ans-apres-son-suicide-l-esprit-d-aaron-swartz-plane-toujours-sur-le-web_5099539_4408996.html.

¹⁷⁸ F. Siiriainen, *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, *préc. cit.*

§1. La *blockchain*, vers une mutation de l'enregistrement des titres

La problématique soulevée ici, outre les dépôts qui peuvent parfois s'avérer coûteux, réside en une nouvelle approche de l'enregistrement des droits, grâce à un nouveau procédé d'enregistrement : la *blockchain*. Après avoir mis en avant les quelques difficultés du système de registre mis en place, il est important d'expliquer en quoi la *blockchain* peut résoudre certaines d'entre elles. Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas absolus, illimités dans le temps et dans l'espace, et le monopole conféré au titulaire est contrebalancé par d'autres droits. Ces titres doivent résider sur une base solide, sur une sécurité infaillible, sur un droit qui équilibre les différents intérêts¹⁷⁹. Les droits doivent alors reposer sur des objets strictement délimités et identifiés, notamment par les revendications des brevets ; mais aussi d'une date certaine conférant la sûreté de l'antériorité et marquant le point de départ de la protection. Ainsi, la dématérialisation des œuvres ou de tout autre objet protégé – logiciel, brevet, marque¹⁸⁰, il est nécessaire que ces œuvres puissent être enregistrées de manière sécurisée. Aussi, les contraintes de langue et la tâche qui peut parfois s'avérer difficile des dépôts est préoccupante, à tel point que certains constatent que « *le système de protection de la propriété intellectuelle est malade* »¹⁸¹.

Petit à petit, la *blockchain* apporte sa pierre à l'édifice des modes d'enregistrement des offices. Mais tout d'abord, qu'est-ce que la *blockchain* ? Cette technologie de gestion connaît un engouement général et comporte un intérêt croissant¹⁸² : son application serait « révolutionnaire »¹⁸³, « disruptive » et marquerait une « rupture » avec les modes d'enregistrement – et de preuve – traditionnels. C'est en 2008 que Satoshi Nakamoto met en place un « P2P Electronic cash system » reposant sur un « timestamp serveur » pouvant fournir une preuve irréfutable de l'existence d'une transaction sans recourir à un système centralisé¹⁸⁴.

¹⁷⁹ C. Meiller, « La loi Pacte et les brevets : fait-elle preuve d'activité inventive ? » ; prop. indus. n° 10, oct. 2019, étude 22.

¹⁸⁰ Concernant la nouvelle définition de la marque permettant, notamment, le dépôt des marques en trois dimensions : O. Thrierr, Marques, dessins et modèles (#Loi Pacte), prop. indus. n°7-8, juillet 2019, alerte 54.

¹⁸¹ J. Tirole, C. Henry, M. Trommetter, L. Tubiana et B. Caillaud, Rapport, « Propriété intellectuelle », Analyses économiques, *Conseil d'Analyses Economiques*, juin 2003, n°3/2003.

¹⁸² *Blockchain* : précisions sur sa définition, son encadrement juridique et sa force probante légale, Rép. min. n° 22103 : JOAN, 10 déc. 2019, p. 10774, Fasquelle D., Flash Defrénois - n°51-52 - page 14, parue le 23/12/2019.

¹⁸³ « L'avenir de la propriété intellectuelle », association JUSPI, Paris, 3 octobre 2017, prop. intell., mars/avril 2018.

¹⁸⁴ S. Nakamoto, Livre blanc, *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, 2008 [en ligne]. Disponible sur : <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, octobre 2008.

Après avoir connu une première application financière, son mode de fonctionnement simple, rapide, décentralisé et à moindre coût intéresse la plupart des domaines nécessitant l'enregistrement d'un droit, d'une transaction, d'une valeur, que ce soit en matière d'assurance, de santé, d'administration, de propriété intellectuelle.

La *blockchain* est, d'après Monsieur DELAHAYE, mathématicien, un « *très grand cahier, que librement et gratuitement, tout le monde peut lire, sur lequel chacun peut écrire, mais qui est impossible à modifier et indestructible* »¹⁸⁵. Elle peut se définir comme une technologie de stockage et de transmission d'informations sécurisée : c'est une base de données stockant l'historique de tous les échanges effectués entre les différents utilisateurs et ce, à intervalles de temps réguliers, l'ensemble étant validé par les mineurs et cryptographié et formant une chaîne de blocs¹⁸⁶. Cette technologie permet à un document numérique d'être, tout d'abord, transformé en une empreinte électronique unique consistant en une suite alphanumérique¹⁸⁷, qui se nomme « hachage » avant d'être définitivement ancré par la *blockchain* par un processus technique nommé le « minage ».

Ce processus donne une empreinte unique à la transaction inscrite dans un bloc, avant d'entamer la « signature » du bloc et de créer la chaîne de données de transaction. Les mineurs valident les nœuds du réseau en mettant à disposition leur puissance de calcul¹⁸⁸, qui modifient sans cesse la composition des blocs – le « nonce » - jusqu'à ce qu'ils trouvent une signature éligible en résolvant problèmes mathématiques afin de valider la transaction et d'inscrire le bloc dans la chaîne, cette phase de travail est dénommée « the proof-of-work ». Le bloc doit être validé par au moins cinquante-et-un pourcent des mineurs pour passer au processus d'horodatage¹⁸⁹ : c'est-à-dire afin de rattacher le bloc au précédent. Le registre, la « *blockchain* », est ensuite dupliquée sur l'ensemble des serveurs. Il sera alors impossible de modifier un bloc, une empreinte ancrée, sans fausser l'ensemble des empreintes, ce qui fait de ce système un système qui permet une fiabilité, une sécurité et une transparence qui pourraient être utiles à la propriété intellectuelle, son régime juridique restant à établir.

¹⁸⁵ J.-P. Delahaye, « *Blockchains, clefs d'un nouveau monde* », *préc. cit.*

¹⁸⁶ Aussi dit « peer-to-peer » ou « P2P ».

¹⁸⁷ Par exemple : un document enregistré va porter l'empreinte « 761A7DD9CAFE34C7CDE6C1270E17F773025A61E511A56F700D415F0D3E199868 ».

¹⁸⁸ Calculée en hash par seconde.

¹⁸⁹ S. Legrand, Enjeux de la *Blockchain* du point de vue du praticien, Dalloz IP/IT 2019, p. 85.

Tout d'abord, précisons que la *blockchain*, publique, « minée » par des mineurs du monde entier, permet une désintermédiation des transactions : l'opération validée par les mineurs remplace le contrôle de l'institution ; aussi, l'intégrité et la sécurité du registre sont opérées par ces mêmes mineurs, les exemplaires étant multipliés sur l'ensemble de la chaîne. Ainsi, ce système de « crowdsourcing », de « production participative », dispense les utilisateurs d'un organe central , ce qui « peut être regardé comme un aboutissement du processus de désintermédiation »¹⁹⁰. Cependant, cette désintermédiation n'est totale que dans le cas d'une *blockchain* dite « publique »¹⁹¹, accessible par tout intéressé qui détient la clé publique : elle permet d'assurer la transparence et la confidentialité des acteurs du réseau. La *blockchain* publique est ouverte à tous : tout acteur peut modifier le nœud d'un réseau et inscrire de nouveaux blocs ; aucune entité ne contrôle l'entrée des membres qui effectuent la « preuve du travail ». Cependant, la taille des blocs est limitée – en général, ils ne peuvent dépasser un Mégabits et, pour des raisons de sécurité, le mécanisme est lent. Aussi, les mineurs sont rémunérés afin de compenser les coûts engagés dans le matériel informatique et l'électricité.

Mais les administrations craignent la *blockchain* publique et préfèrent opérer un contrôle des mineurs en mettant en place une *blockchain* privée. Elle n'est alors plus décentralisée mais centralisée par un opérateur qui décide des modalités de fonctionnement : mineurs et utilisateurs autorisés, personnes pouvant accéder à l'historique¹⁹²... Elle ne nécessite pas de « preuve du travail » et les transactions sont donc plus rapides. Aussi, il est possible de revenir sur les transactions ajoutées à la *blockchain*, ce qui est presque impossible pour une *blockchain* publique. L'absence de minage ne demande alors aucun mineur et n'engage donc aucun frais. Ce n'est donc pas un mécanisme de *blockchain* traditionnel mais réapproprié par les administrations centrales, les banques, les assurances. En revanche, de façon similaire à la *blockchain* publique, elle est sécurisée et même plus rapide. Pour allier les avantages de l'une et de l'autre, les *blockchain* « hybrides » ou « de consortium » apparaissent¹⁹³, il s'agit d'une *blockchain* « partiellement décentralisée »¹⁹⁴ contrôlée par une entité centralisée qui peut limiter le nombre d'acteurs autorisés à effectuer et à valider les transactions, et qui peut choisir de rendre un accès au registre public ou restreint. Les membres sont présélectionnés, l'identité

¹⁹⁰ CE, étude annuelle 2017, « puissance publique et plateformes numériques : accompagner l' « ubérisation » [en ligne].

¹⁹¹ L. Joly, « La *blockchain* est-elle une révolution pour la propriété intellectuelle ? » ; Dalloz IP/IT 2018.546.

¹⁹² C. Zolynski, « La *blockchain* : la fin de l'ubérisation ? » ; Dalloz IP/T, juillet/août 2017, p.385 et spéc. p. 387.

¹⁹³ I-M. Barsan, « *Blockchain* et propriété intellectuelle », comm. comm. élec., n°4, avril 2020, étude 7.

¹⁹⁴ L. Leloup, « *Blockchain*. La révolution de la confiance », Eyrolles, p. 94.

des mineurs est connue et il est possible de rendre publiques ou non des transactions ajoutées.

Toutefois, quelle que soit la *blockchain*, deux éléments sont à rappeler : elle représente un registre sécurisé. Plus de la moitié des mineurs doivent être corrompus afin de valider collectivement une information erronée, chose totalement impensable en matière de registre privé¹⁹⁵, qui exigerait une puissance de calcul extrêmement importante pour attaquer les différents nœuds centralisés afin de falsifier l'opération ; acte quasi-impossible dans une *blockchain* privée ou hybride, car il faudrait corrompre le nœud, centraliser et supprimer toutes les copies existantes sur des milliers d'utilisateurs ayant mis à disposition leur ordinateur dans le monde entier, cela exigerait des connaissances et des moyens surdimensionnés pour le résultat qui peut être obtenu. Un document hashé, donne une empreinte : toute modification intervenue change à jamais l'empreinte digitale. Un des intérêts majeurs de la *blockchain* en propriété intellectuelle réside aussi dans ses propriétés de publicité et de traçabilité, qui furent accueillies positivement en matière de bon de caisse¹⁹⁶. Cependant, il est important de souligner que la *blockchain* permet le stockage d'une empreinte se référant à un document (la copie étant sauvegardée par l'intéressé), mais ne permet pas de stocker le contenu, par exemple d'une marque, d'une œuvre ou des revendications d'un brevet.

§2. Des droits de propriété intellectuelle « intelligents » par le registre distribué

Après avoir étudié les possibilités offertes par la *blockchain* en matière de registre, il s'agit d'aborder son accueil par le législateur afin d'étudier sa possible mise en place en matière de propriété intellectuelle. Une première intervention du législateur sur la *blockchain* est intervenue par une loi relative aux titres financiers¹⁹⁷. Cette loi définit cette technologie nouvelle comme étant un « dispositif d'enregistrement partagé permettant l'authentification

¹⁹⁵ B. Barraud, « Les *blockchains* et le droit », *RLDI* 2018, n°147, p. 49.

¹⁹⁶ Loi n°2016-520 du 28 avril 2016 : permet d'inscrire des titres de créances sur la *blockchain*.

¹⁹⁷ V. l'ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 qui introduit l'émission et le transfert de mini-bons (forme particulière de bons de titre faisant l'objet d'offres au public par l'intermédiaire d'un site internet) – V. notamment le décret du 24 décembre 2018, relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons pris pour application de certaines dispositions de l'ordonnance n°2017-1674 du 8 décembre 2017. Ce décret adapte les dispositions réglementaires du Code monétaire et financier à la possibilité d'inscrire des titres de sociétés non cotées sur un Dispositif d'Enregistrement Electronique Partagé (« DEEP »), une « *technologie informatique innovante qui permet à des participants d'un réseau de valider par consensus des échanges et des transactions entre plusieurs participants sans faire intervenir d'organe central* ». L'ordonnance rend possible l'inscription de titres non cotés sur la *blockchain*, permettant leur transmission et leur nantissement.

d'opérations » et permet d'inscrire l'émission et la cession de titres dans ce dispositif¹⁹⁸. Cette prise en compte de la *blockchain* par le législateur, qui l'introduit en rendant possible son application, fut saluée par de nombreux praticiens¹⁹⁹. Les instances européennes, elles, ont communiqué leur volonté de mettre en place un observatoire sur la *blockchain*²⁰⁰, afin d'harmoniser, à terme, les législations, en vertu du bon fonctionnement du marché intérieur. Alors, la *blockchain* est-elle une technologie susceptible de créer de nouveaux usages en matière de registre de propriété intellectuelle ? Il est nécessaire de savoir quel registre est pertinent, et dans quels objectifs. En matière de registre de propriété intellectuelle, il est pertinent d'interroger l'utilité de la *blockchain*, qui peut être une solution à l'enregistrement et, *in fine*, à une protection plus efficace des droits de propriété intellectuelle. Aussi, cette technologie permet de prouver l'antériorité de la date d'enregistrement en cas de conflit de droits, et peut accélérer les procédures judiciaires longues et coûteuses. Par conséquent, les droits étant enregistrés, contrôlés et suivis, par exemple, par un office, toute la « chaîne » de transactions effectuées sur le titre sera comme « ancrée dans le marbre ».

Ainsi, au regard des trois types de *blockchain* exposées, questionnons tout d'abord la pertinence de la *blockchain* publique dans l'enregistrement des droits. Tout d'abord, rappelons que la *blockchain* implique l'utilisation d'un réseau d'ordinateurs, qui sont, à l'origine, d'inconnus : tout le monde, n'importe qui, de n'importe où, peut participer au réseau sans remplir de conditions particulières : ils ont accès, grâce à la clé publique, à l'historique inscrit sur la *blockchain* correspondante s'ils respectent le protocole afin de participer au minage en mettant à disposition leur ordinateur. C'est donc un réseau décentralisé fonctionnant avec des « nœuds », les mineurs étant chargés de maintenir la base de donnée en ligne à jour. Cependant, cette *blockchain* ne paraît pas efficace et ne présente aucun intérêt réel : les détenteurs de droits pourraient ancrer leur création mais aucune condition en matière de droit de propriété industrielle ne serait contrôlée en amont par les agents de l'Institut national de la propriété industrielle, cela donnant libre cours à la titularité de choses non protégeables, comme celles tombées dans le domaine public ou relevant du monde des « idées ». Les procédures d'opposition ne pourraient être mises en place, les dépôts étant pseudonymes ou anonymes ne

¹⁹⁸ S. Maouche, *Blockchain* : publication du décret d'application de l'ordonnance du 8 déc 2017, LexisNexis, 15 fév. 2019.

¹⁹⁹ E. Caprioli, « Consécration légale de la « *blockchain* » dans les bons de caisse », Communication Commerce électronique, juin 2016, n°6, comm. 58, p. 1 : estime que l'introduction des bons de caisses dans le droit positif est une « *vrai révolution* », une « *grande première en Europe* ».

²⁰⁰ Commission européenne, communiqué de presse, 1er février 2018 [en ligne]. Disponible sur : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_521 (consulté le 06/05/2020).

permettront pas de retrouver les titulaires, cela ne simplifierait pas les actions en justice. Pour conclure, aucune *blockchain* publique totalement décentralisée ne serait efficace en matière de propriété intellectuelle. Cette affirmation pourrait toutefois être remise en cause, notamment si l'intelligence artificielle était intégrée dans la *blockchain*, tant pour reconnaître des droits enregistrés, des antériorités. Alors, celle-ci remplacerait peut-être totalement les compétences et missions des membres de l'Office français, mais ne serait pas décentralisée, en ce sens où le dépôt reste un acte administratif.

L'enregistrement des droits par leur ancrage sur une *blockchain* privée ou hybride pourrait alors être une solution²⁰¹. Les droits d'écriture, les *blocks*, leur taille, sont modifiables, la *blockchain* privée peut être mise en place dans des contextes où l'utilisation du réseau doit être régulé : certaines informations, confidentielles, doivent rester « privées », tandis que d'autres peuvent être privées dans l'écriture mais consultables publiquement, alimentées et accessibles par toute personne autorisée. Ainsi, pourquoi ne pas créer des droits de propriété intellectuelle « intelligents », avec un système centralisé tenu par l'Office spécialisé qui recenserait chaque élément du parcours, de la date de la demande aux licences concédées, le cycle de vie des droits pourraient être intelligiblement ancrés. Un registre privé serait tenu confidentiel et uniquement accessible par les membres de l'Institut national de la propriété industrielle, et un registre publiquement consultable serait mis en place pour enregistrer les transactions sur les titres, exclusivement modifiable par les personnes autorisées. Il est important de souligner qu'aucune décentralisation n'aura été effectuée, l'INPI est donc réintroduit comme tiers de confiance. Mais plusieurs inconvénients viennent faire obstacle à cette mise en place « utopique » de ce système centralisé par la *blockchain* : l'ensemble des intéressés, agents administratifs, cabinets de propriété intellectuelle, créateurs, chefs d'entreprise, investisseurs, doivent être formés à ce nouveau système de registre. Ainsi, comme le souligne Laurence JOLY, directrice de l'Observatoire de la propriété intellectuelle près de l'Institut national de la propriété industrielle, « *on s'achemine plutôt vers un scénario où les intermédiaires [...] tels que les offices de propriété industrielle ou les tiers de confiance profiteraient des technologies de la blockchain pour réduire la complexité des échanges entre eux et en réduire leurs coûts de fonctionnement* ». La *blockchain* ne serait donc introduite que comme un moyen d'enregistrement comme un autre et l'office administratif conserve sa place

²⁰¹ L. Joly, « La *blockchain* est-elle une révolution pour la propriété intellectuelle ? », Dalloz IP/IT 2018. 536.

au centre des intérêts industriels. La *blockchain* trouve un intérêt particulier quant à l'enregistrement de droits non enregistrés.

En effet, le dépôt de titre fait l'objet d'une procédure administrative, la *blockchain* publique ne peut se substituer totalement aux offices, mais rien n'interdit à la *blockchain* de constituer un moyen technique supplémentaire. Pour rappel, la demande d'enregistrement peut se faire par voie postale, à distance ou par tout autre mode de transmission. Une *blockchain* privée peut donc être utilisée par l'Office compétent pour, notamment, garantir la sécurité de l'envoi et des transmissions, pour les titres déposés et les titres non déposés. Nous pouvons alors assimiler cette utilisation de la *blockchain* à l'enveloppe Soleau, qui peut s'y substituer ou être complémentaire. En effet, l'enveloppe Soleau permet à un innovateur de se préconstituer la preuve d'une création, de sa date et de sa consistance sans pour créer un droit sur le contenu. Une *blockchain* privée intégrée au registre de l'Institut national pour dater par l'horodatage des œuvres, associée de préférence à un cloud peut protéger les créations, tout au long du processus créatif, « au fil de l'eau », par l'ancrage dans la *blockchain*, et ce pour une durée indéterminée. Le document haché et converti en suite alphanumérique peut être de n'importe quelle taille²⁰².

Grâce à la *blockchain*, le document haché et ancré, sans être divulgué, peut être un certificat attestant de la date de l'ancrage et de l'horodatage²⁰³, certificat qui doit être conservé afin de pouvoir le comparer avec l'empreinte originale préexistante en cas de conflit de droits²⁰⁴. Toutefois, la technologie *blockchain* ne stocke pas l'œuvre : il sera nécessaire pour l'Office, s'il propose ce service, pour les dessins et modèles et œuvres artistiques, ou pour les inventions qui n'ont pas – encore – vocation à être divulguées, de coupler l'ancrage par une technologie de stockage par l'informatique en nuage, aussi dénommée *cloud computing*. Ce système peut être défini comme étant un « *mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'internet, sous la forme de services fournis par un prestataire* »²⁰⁵, l'enregistrement étant stocké sur un ensemble de serveurs en réseau. La prise en compte de la *blockchain* par les offices offre un nouveau mode d'enregistrement des œuvres ou des

²⁰² G. Marraud des Grottes, et V. Fauchoux, « En matière de propriété intellectuelle, la *blockchain* présente l'avantage de couvrir toute la zone du brevet », *RLDI*, 1er déc. 2017, n° 143.

²⁰³ Le « time-stamping » assure la datation et l'intégrité de l'œuvre.

²⁰⁴ G. Marraud des Grottes, « La BC est une technologie très efficace pour se préconstituer une preuve », *RLDC* 2017, n°150, p. 3.

²⁰⁵ Définition de la Commission générale de terminologie et de néologie, *JO* 6 juin 2010.

inventions qui ne bénéficient pas d'un dépôt, mais son insertion dans une « gouvernance globale » par les offices ne semble pas être une solution assez efficace pour mettre en place en tant que registre officiellement et exclusivement tenu par l'office, la base de donnée de l'Office étant déjà complète et facile d'utilisation.

CONCLUSION : CHAPITRE 2

Les espoirs d'une *blockchain* révolutionnaire en matière de propriété intellectuelle sont intelligibles, parfaitement compréhensibles, à modérer toutefois. La *blockchain* est de plus en plus utilisée et le législateur, comme les institutions, ne peuvent passer outre. Si tout un système reposant sur une *blockchain* ne paraît pas perspicace, la *blockchain* reste un outil qui pallie l'absence de formalités de droits non enregistrés, ou l'absence de registre notamment dans les pays en voie de développement, elle permet de conserver la confidentialité sur des inventions et de prouver l'absence d'antériorité d'une création postérieure. Aussi, la *blockchain* permet une rapidité que le dépôt Soleau ne permet pas, notamment dans le secteur de la mode qui renouvelle fréquemment ses créations, le simple horodatage permettant d'acquérir une date précise²⁰⁶. Sa conservation n'est pas, en principe, limitée par le temps, encore faut-il que « *dans cent cinquante ans, on puisse encore dire à qui appartiennent les droits sur les œuvres* »²⁰⁷. Après une formation des personnes intéressées, le dépôt de créations, et, à terme, de tous les titres de propriété intellectuelle, permettrait des économies²⁰⁸ notamment si son déploiement est international²⁰⁹. La mise en place de ce registre ayant un objectif d'intérêt général serait financé publiquement, son intérêt méritant l'attention des offices.

²⁰⁶ N. Binctin, V. Fauchoux et A. Gouaze, « Pourquoi la *Blockchain* va révolutionner la propriété intellectuelle ? Application pratique au secteur de la mode », prop. intell. n°65, octobre 2017.

²⁰⁷ N. Binctin, « Quelle place pour la *blockchain* en droit français de la propriété intellectuelle ? », prop. intell., octobre 2017, n°65, p. 22.

²⁰⁸ Un logiciel blockchain peut être développé en interne, le coût moyen de mise en place prendra en compte, pour une blockchain publique, les frais de transactions des mineurs. Pour une blockchain privée et hybride, « sur-mesure », ce qui nous intéresse en l'espèce, les coûts sont liés au développement nécessaire des modules et fonctionnalités (coûts des licences si elles existent, coût des programmeurs, et au maintien des serveurs. Sinon, il est possible de recourir à un prestataire de service, les coûts étant calculés en Go/mois.

²⁰⁹ Budget de l'Office de l'Union européenne pour la propriété industrielle pour l'exercice 2018 [en ligne]. Disponible sur : https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/the_office/budget_office/budget2018.pdf.

CONCLUSION : PARTIE 1

Antinomiques aux premiers abords, la *blockchain* et le marquage sont complémentaires : ils constituent deux revendications de titres , peu étudiés, presque « oubliés », pourtant simples et utiles, toujours dans l'objectif de sécuriser les relations entre les titulaires de droits, les tiers et les offices qui, en régulant les dépôts par le contrôle des conditions, protègent l'intérêt général. Les offices, d'ailleurs, connaissent une place de plus en plus importante, au cœur des enjeux de la propriété intellectuelle. Le marquage ne permet pas d'informer les tiers sur le contenu ou le territoire de protection. Les insuffisances de la *blockchain* en matière d'enregistrement persistent, ne pourront les remplacer. Ainsi, que ce soit pour l'obtention de dommages et intérêts ou simplement pour signaler des titres, ou que ce soit pour attester, par une preuve numérique « forte », ou qui tend à l'être, le marquage et la *blockchain* ont un intérêt pour les titulaires, notamment pour prouver leur titre à toute personne intéressée, pour certifier à tous que leur invention, leur création, leur marque est une « propriété privée » selon les conditions légales.

Cependant, ni le marquage ni la *blockchain* n'indiquent si une marque est distinctive, si une œuvre est originale ou si une invention est brevetable. En effet, seul le juge, *a posteriori*, ne peut le certifier, ne peut l'apprécier souverainement. Ainsi, aucun droit privatif ne naît d'un marquage ou d'un ancrage : ils servent simplement à interdire à toute autre personne de copier l'objet protégé. Mais la rapidité d'information du marquage et la puissance de la nouvelle technologie *blockchain* devraient, sans doute, être pris en compte par les offices afin d'informer les principaux intéressés des avantages de ces modes d'information, qui, certes ne se suffisent à eux-mêmes, mais sécurisent et assouplissent les relations. Que ce soit au regard des droits déposés comme des droits non déposés, ces solutions sont évidentes en matière d'enregistrement et de protection de droits de propriété intellectuelle. Elles peuvent aussi servir d'éléments probants au stade de l'enregistrement ou devant les tribunaux et représentent un moyen économique d'accélérer les procédures.

PARTIE 2 : Le respect d'un formalisme préalable au cœur de la sécurité des titres de propriété intellectuelle

Une fois les droits validés par les offices, après leur publication au registre et au Bulletin officiel, les titulaires ne sont pas encore à l'abri de toute action en justice : les tiers, titulaires de droits souvent concurrents, sont vigilants quant à la validité du droit en substance, ou quant à sa titularité. En matière de titres de propriété industrielle, le dépôt présente un avantage considérable : l'enregistrement, sur la base du principe « first-to-file », octroie un titre daté, publié, qui ne peut être renversée que lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions, les offices ne vérifiant pas toujours les conditions de validité et de titularité. Ainsi, dans le jeu de la concurrence, une entreprise qui a vu son salarié déposer un brevet²¹⁰, un concurrent qui a remarqué une marque similaire à la sienne, dispose de plusieurs cartes pour annuler un droit, même rigoureusement publié. Un raisonnement analogue peut être construit en matière de dessins et modèle. En matière de propriété littéraire et artistique, l'absence d'enregistrement est un principe fondateur du droit d'auteur et se veut protecteur de ces derniers, mais, lors d'un contentieux, le vainqueur ne sera pas forcément le premier créateur, mais celui qui a apporté la preuve qu'il a créé l'œuvre en premier. Il est possible d'élargir la réflexion aux droits non enregistrés, notamment au droit de possession personnelle antérieure. Aussi, d'autres Etats mettent à mal ce principe, la preuve d'un droit sur une création, ne suffit pas toujours à démontrer la contrefaçon, encore faut-il que les tiers connaissent son existence...

Dès lors, deux aspects alourdissent les procédures engagées par les tiers qui agissent, pour défendre leurs droits, dans un intérêt stratégique, contre des « contrefacteurs » présumés : la reconnaissance d'un droit à partir d'une date certaine, droit qui doit être connu des potentiels contrefacteurs pour être défendu (Chapitre 1). Ces deux aspects déséquilibrent le piédestal sur lequel repose le cercle vertueux des droits de propriété intellectuelle. La *blockchain* par la date de l'horodatage et le marquage par sa signalisation rapide des droits revendiqués suscitent alors un fort intérêt dans la sécurisation des titres (Chapitre 2).

²¹⁰ C. Ayerbe, N. Lazard, M. Callois et L. Mitkova, « Nouveaux enjeux d'organisation de la propriété intellectuelle dans les industries complexes », *préc. cit.* : la titularité des brevets pour des entreprises comme Thalès est primordiale dans sa stratégie économique. En 2008, elle détenait un portefeuille de treize mille brevets regroupant deux mille sept cents familles (aérospatial, télécommunication et électronique en majeure partie).

Chapitre 1 – La reconnaissance des droits intellectuels : un mécanisme à parfaire

Un registre officiel ne certifie pas de la validité d'un titre (Section 1), les titulaires d'un droit, d'un titre de propriété industrielle préalablement enregistré comme d'un droit d'auteur, ont tout intérêt à pouvoir démontrer la validité de leur titre et la légitimité de leur droit (Section 2).

Section 1 – La remise en cause des droits de la propriété intellectuelle par les tiers

Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas absolus, les tiers peuvent les remettre en cause et ce, même lorsqu'ils sont préalablement officiellement publiés sur un registre national, européen ou international. L'action en contrefaçon est une épée de Damoclès sur l'ensemble des titres (B), tandis que leur spécificité permet d'engager différentes actions devant les offices étatiques (A).

§1. Les actions en faveur des titres enregistrés près de l'office

Le droit de propriété intellectuelle s'inspire, en substance, d'un droit de propriété civiliste : le titulaire, pour agir sur un bien, doit démontrer la titularité du titre. Dès lors, le *propriétaire* d'un droit sur un brevet, une marque, un dessin et modèle ou sur une œuvre originale revêt d'un droit positif et d'un droit négatif : il peut conclure des contrats avec les tiers souhaités, mais il a aussi le droit d'exclure *a posteriori* quiconque d'utiliser son œuvre, sa création, son invention. Seulement, lors de contentieux, la délivrance du titre a pour conséquence une approche plus procédurale des titres industriels. Afin de protéger ces droits spécifiques, deux éléments sont primordiaux : la titularité d'un titre valable et la preuve de son antériorité. Les actions mises en œuvre pour remettre en cause la demande ou la délivrance d'un titre constituent le tronc commun des droits « éparpillés » de la propriété industrielle et rapprochent ce qui les différencie dans un objectif similaire : la protection et le respect des biens immatériels dans le même esprit qu'un bien matériel.

Les investissements lourds en faveur des créations ou inventions immatérielles méritent une

protection, les titulaires doivent cependant prouver l'existence de cet objet protégeable, qui ne peut porter atteinte au domaine public ou à la propriété d'un tiers. Aussi, l'invention ou la création, peuvent être attaquées autant sur le fond que sur la forme, les problématiques soulevées lors des litiges sont similaires : est-ce protégeable et à qui appartiennent les droits ? Les actions « administratives » permettent un dialogue pré-judiciaire entre les parties, qui peut se porter sur la validité de l'objet protégé ou sur la titularité des droits. Les revendications se font lors de la délivrance ou après la délivrance. Ainsi, un droit processuel « technique », spécifique aux objets de droits de propriété intellectuelle, se met en place.

Les actions portant sur la validité de l'objet protégé sont possibles lorsqu'un registre officiel établit les titres afin de prouver l'antériorité et, *de facto*, la titularité du droit. Ces procédures sont dites « administratives » car dirigées contre la décision administrative et pallient l'absence de vérification des conditions de celles-ci. Il est pertinent de les évoquer afin de démontrer, une fois de plus, le fossé séparant le droit de la propriété industrielle et le droit de la propriété littéraire et artistique. En effet, pour les titres de propriété industrielle, une procédure près d'un office délivrant le titre est obligatoire. Cet office vérifie ou non certaines conditions mais une part de doute plane sur le titre jusqu'à la décision d'un juge, laissant la place aux tiers pour contester. Ainsi, le problème qui se pose n'est pas la date de création mais la validité du titre : c'est le cas de l'action en nullité, de l'exception de nullité ou de l'action reconventionnelle en nullité²¹¹. Il est donc primordial, lors de l'enregistrement en amont, de déterminer un objet protégeable clair, précis et dénué de tout caractère équivoque²¹². Aussi, la date de dépôt de la demande de protection est une date nécessaire au respect des nombreux délais pour les actions qui peuvent être entamées, que ce soit par le titulaire ou contre le titulaire, qu'il s'agit d'aborder.

Nonobstant, en droit de la propriété intellectuelle, la validité des droits n'est pas le seul point de tension, le point de départ daté peut affecter la titularité d'une œuvre ou d'une création. Toute personne qui détient une antériorité ou qui souhaite contester un droit de propriété enregistré bénéficie d'une action en opposition ou d'une action en revendication des droits de propriété, à condition de prouver l'antériorité. La procédure d'opposition remet en cause la conclusion de l'examen. Elle est action soumise à un certain délai qui permet aux tiers de

²¹¹ J-C. Galloux, « La procédure dans les droits de propriété intellectuelle », RIDE 2015/4 t. XXIX, p. 67 à 481 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.carin.info/revue-internationale-de-droit-economique-2015-4-page-467.htm> (consulté le 05/06/2020).

²¹² F. Siiriainen, Stratégies internationales et propriété intellectuelle, *préc. cit.* : des groupements américains nommés « Invalidation Assertion Entities » possèdent une activité qui consiste uniquement à agir en nullité.

contester la propriété d'un titre sur un objet protégé et ainsi vider un contentieux dans un court délai. Les tiers peuvent effectuer, après la première publication au Bulletin officiel de la demande d'un titre de propriété sur une marque, une action en opposition près de l'Institut national de la propriété industrielle. L'introduction et la prise en compte de ces procédures témoignent du caractère mouvant de la propriété intellectuelle : les demandes de droits ne cessent d'augmenter et les procédures devant le juge sont trop nombreuses. Pourtant, certains enregistrements portent atteinte à des droits : l'office est alors au cœur des intérêts des différents protagonistes.

En droit des brevets, l'ordonnance n°2020-116 du 12 février 2020 relative à la création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention simplifie la procédure pour les tiers qui ne pouvaient jusqu'alors annuler un brevet dans le cadre d'une action judiciaire, longue et coûteuse²¹³. La procédure devant cet office permet aux tiers de contester les brevets dans un délai de neuf mois après la délivrance, et, après l'enregistrement, de contester la validité d'un acte. Au niveau européen, la procédure est engagée, dans un délai de neuf mois après la publication de la délivrance du titre, devant l'Office européen des brevets. En droit des marques, le demandeur doit déposer un dossier complet et régulier près de l'office en vertu des articles L. 712-4 et L. 712-5 du Code de la propriété intellectuelle. Conformément à ce que nous étudierons, cette procédure pallie les lacunes de l'examen des antériorités par l'office public. Le déposant de l'opposition à la demande d'enregistrement a deux mois pour présenter ses observations, notamment afin de prouver qu'il n'existe pas de risque de confusion entre les signes et les produits et services, ou que la marque ne porte pas atteinte à des droits antérieurs exhaustivement encadrés par l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle²¹⁴. A la suite d'une procédure contradictoire, l'office se prononce dans un délai de six mois après l'expiration du délai de deux mois pour former opposition²¹⁵. Aussi, peut être engagée une action en déchéance, qui est particulière pour la marque, une action en revendication de propriété ou une action en nullité. Au sein de l'Union européenne, une procédure similaire a été mise en place devant la chambre des recours de l'Office européen.

²¹³ P. Langlais, « Loi pacte : quoi de neuf en matière de brevet », *l'ESSENTIEL Droit de la propriété intellectuelle*, n°06, p.1, 01/06/2019.

²¹⁴ N. Binctin, Réforme du droit des marques : ordonnance et décret d'application du « Paquet Marques », *comm. électr.* 2020, n°3, mars 2020, Lexis Nexis.

²¹⁵ Valoriser vos actifs, faire vivre votre marque : s'opposer à l'enregistrement d'une marque, site de l'INPI [en ligne]. Disponible sur : <https://www.inpi.fr/fr/valoriser-vos-actifs/faire-vivre-votre-marque/sopposer-lenregistrement-dune-marque>.

Contrairement à la procédure d'opposition, l'action en revendication connaît des délais plus longs. Cette action permet à un tiers estimant détenir un droit revendiqué en fraude à ses droits. En droit des marques, l'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle permet à « la personne qui estime avoir un droit sur la marque » de revendiquer sa propriété « si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle ». Les courts délais de l'alinéa 2 de ce même article encadrent les droits en précisant que cette action se prescrit par cinq ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement, « à moins que le déposant ne soit de mauvaise foi », ce qui signifie que le demandeur doit agir rapidement auquel cas l'action sera refusée car prescrite, à l'exception d'un déposant de mauvaise foi²¹⁶. En matière de droit des brevets, l'action en revendication fut d'abord prétorienne sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil²¹⁷ et fut introduite à l'article L. 611-8 du Code de la propriété intellectuelle. La personne lésée par un titre demandé « soit pour une invention soustraite à l'inventeur ou à ses ayants cause, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle » peut revendiquer ce droit.

En effet, en l'absence d'une vérification totale des conditions de brevetabilité, c'est aux titulaires d'un brevet qui se voient atteints par une demande d'agir en justice pour faire sanctionner l'atteinte à ce droit. Il est important de noter que, s'agissant de la prescription, la mauvaise foi est ici aussi sanctionnée. L'action en revendication se prescrit par cinq ans « à compter de la publication de la délivrance du titre de propriété industrielle »²¹⁸ mais, en cas de mauvaise foi « au moment de la délivrance ou de l'acquisition du titre », le point de départ du délai n'est pas à compter de la date de publication de la délivrance du titre mais « à compter de l'expiration du titre »²¹⁹. Par conséquent, une déjudiciarisation du contentieux fait des offices administratif des « spécialistes de la propriété intellectuelle » et non sans raison : ils sont au cœur des enjeux et des intentions des différents intéressés. Notons toutefois que les recours contre les décisions rendues au cours de ces procédures sont soumis à organe judiciaire²²⁰.

²¹⁶ Paris, pôle 5, 4 mars 2016, n°2014/201417 à propos de la cuisinière « THIOU ».

²¹⁷ Nouvel article 1240 tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

²¹⁸ « L'action en revendication se prescrit par cinq ans à compter de la publication de la délivrance du titre de propriété intellectuelle ». Article L. 611-8 alinéa 2 du CPI.

²¹⁹ « Toutefois, en cas de mauvaise foi au moment de la délivrance ou de l'acquisition du titre, le délai de prescription est de cinq ans à compter de l'expiration du titre ». Article L. 611-8 alinéa 3 du CPI.

²²⁰ V. article L. 411-4 du CPI.

§2. L'action judiciaire en contrefaçon, le point de connivence des droits de propriété intellectuelle

Les litiges en matière de propriété intellectuelle se déroulent de manière substantielle sur le terrain de la contrefaçon²²¹ : les parties revendiquent un empiètement sur leur droit de propriété spécifique, qu'il s'agisse d'un titre industriel ou d'un droit de propriété littéraire et artistique. L'action en contrefaçon sanctionne l'atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle. Elle est expressément mentionnée aux articles L. 335-2 et L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle pour le droit d'auteur, L. 521-1 de ce même code pour les dessins et modèles et L. 615-1 pour les brevets et respectivement aux articles L. 622-5 et L. 623-25 pour les produits semi-conducteurs et les obtentions végétales ; et enfin, aux articles L. 716-1 et L. 717-1 pour les marques et L. 722-1 du même code pour les indications géographiques²²². Il est important de souligner que l'action en contrefaçon ne s'applique pas aux droits voisins²²³ ni aux producteurs de bases de données²²⁴ qui bénéficient de l'action en concurrence déloyale qui relève du droit commun et nécessite la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité²²⁵.

Le titulaire d'un droit peut interdire à tout tiers l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation ou le transbordement d'un objet protégé, auquel cas l'acte peut être sévèrement sanctionné²²⁶. La reproduction peut se faire par tous moyens : un acte de distribution²²⁷, une offre²²⁸, une mise sur le marché, plus précisément, une opération mettant le produit en circulation. Cela peut être une importation, une exportation, ou un transbordement²²⁹. Elle se distingue de l'action en concurrence déloyale qui vise la sanction des agissements qui causent un préjudice. Elles peuvent se cumuler si elles se fondent sur des faits distincts. Est alors

²²¹ V. notamment article 41 de l'Accord ADPIC.

²²² C. Bernault et J-P. Clavier, Dictionnaire de la propriété intellectuelle, *préc. cit.*

²²³ V. article L. 335-4 du CPI.

²²⁴ V. article L. 343-1 du CPI.

²²⁵ V. article 1240 du Code civil, *préc. cit.*

²²⁶ R. Béteille, Rapport introductif au projet de loi de lutte contre la contrefaçon, 29 octobre 2007.

²²⁷ G. Cornu, « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, PUF, 8 janvier 2020 : définit l'acte de distribution comme étant la « fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation ». – V. notamment les articles L. 513-4 (droit des dessins et modèles), L. 613-3 du CPI (droit des brevets), L. 623-4 du CPI (droit des obtentions végétales) et L. 716-9 du CPI (droit des marques).

²²⁸ Définit comme étant tout acte susceptible de préparer la mise sur le commerce (prototype, exposition publique, catalogue, publicité, démarchage, location).

²²⁹ V. ordonnance n°2019-1169 du 13 novembre 2019, JO 14 novembre 2019 et le décret d'application n°2019-1316 du 9 décembre 2019.

interdite la reproduction d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, la réalisation matérielle d'une invention protégée par le brevet²³⁰ ou encore la fixation ou la confection matérielle d'un signe. Pourtant, la contrefaçon est un fléau multisectoriel touchant la quasi-totalité des biens de consommation²³¹, elle peut être invoquée lors de contrebande ou lors de conflits entre deux droits enregistrés. Le droit de propriété intellectuelle est un droit complexe, chacun se caractérise par ses propres conditions, ses propres caractéristiques. Ainsi, les notions d'« imitation » en droit des marques, la portée des revendications des brevets, l'appréciation de l'« impression visuelle d'ensemble »²³² ou la fameuse condition d'« originalité » en droit d'auteur sont toutes appréciées subjectivement, par rapport à d'autres œuvres, par rapport à d'autres inventions protégées ou relevant des *res nullius*.

La particularité de cette action est son hétérogénéité : elle se caractérise comme un délit civil ou pénal et douanier. En matière civile, le titulaire doit démontrer la violation du droit, c'est-à-dire qu'il n'a pas autorisé l'acte effectué par le tiers, qu'il soit inconnu ou qu'il ait un contrat avec le titulaire, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi²³³. *A contrario*, sur le plan pénal, la mauvaise foi est nécessaire et le contrefacteur risque une peine de prison de trois ans et une amende de trois-cent mille euros. Les actes commis en bande organisée, sur un réseau de communication au public en ligne ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal, les peines peuvent aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et cinq cent mille euros d'amende²³⁴. De nombreux avantages sont conférés au titulaire d'un droit protégé lors d'une atteinte : la saisie-contrefaçon²³⁵, la retenue en douane²³⁶, le droit d'information²³⁷. Ces actions peuvent être menées par le titulaire d'un droit parfois contre un concurrent de bonne foi. Pourtant, la nature de l'action en contrefaçon confère au titulaire la soulevant un droit d'un intérêt particulier : elles permettent de s'immiscer « légalement » au sein d'un concurrent afin d'y chercher un avantage plus qu'une atteinte à un

²³⁰ C. Le Stanc, « Acte de contrefaçon. Élément matériel », J. -CI. Brevets, Fasc. 4600, 2013, N°54 et s.

²³¹ Droit et économie de la propriété intellectuelle, Sous la responsabilité de Michel Vivant, LGDJ, Coll. Droit et économie, 07/2014, ISBN : 978-2-275-04405-7 sur les chiffres de la contrefaçon qui représente 5 à 10% du commerce mondial, les profits illicites oscillant entre 250 et 400 milliards d'euros annuels.

²³² V. article L. 511-4 du CPI.

²³³ Une particularité est à souligner en droit des brevets : l'indifférence ne porte que sur le fabricant et l'importateur de marchandises contrefaisante en vertu de l'article L. 615-1 du Code de la propriété intellectuelle, auquel cas la victime doit prouver que les actes ont été commis en connaissance de cause – V. notamment Cass. com., 13 nov. 2013, n°12-14-803, EPI janv. 2014, n°181, obs. F. Herpe.

²³⁴ V. articles L. 335-2, L. 335-4, L. 343-4, L. 521-10, L. 615-14, L. 623-32, L. 716-9 et L. 716-10 du CPI.

²³⁵ V. articles L. 332-1 et suiv. du CPI.

²³⁶ V. articles L. 623-36 et L. 716-8 du CPI.

²³⁷ V. article L. 716-7-1 du CPI.

droit. C'est une lutte portant sur la subjectivité d'un signe ou sur une revendication d'un brevet qui est en cause : la reproduction d'un cheval au galop sur un pull est-il *a fortiori* une imitation contrefaisante ? Quoiqu'il en soit, les lois du 16 décembre 1992 et du 5 février 1994 permettent de sanctionner les personnes morales et aggravent les sanctions. La plus importante, la loi du 29 octobre 2007²³⁸, transposant une directive en la matière²³⁹, complète les lois renforçant la lutte contre un « marché noir, fardeau de l'économie » en oubliant parfois qu'elles confèrent un monopole qui peut être déséquilibré, et ce par la nature même des droits, délimités par l'objet protégé. Qu'est-ce qui relève de l'imitation et qu'est-ce qui relève d'un emprunt méritant une protection ? Sophie VERVILLE, Professeure au sein de l'Université de Laval, soulève cette problématique en déclarant que « *les sources d'inspiration d'une création sont acquises au fil d'une vie, sans que l'auteur sache nécessairement préciser d'où il puise ses idées. Il intègre des connaissances, même involontairement, puis les réinvestit. Personne ne crée en vase clos. Toute création peut être liée à des expériences du passé et est plus ou moins marquée par les réalisations des créateurs antérieurs* »²⁴⁰.

Afin d'approfondir ses propos, évoquons tout d'abord la retenue en douane, qui permet au douanier ayant un doute sur les produits contrefaisants ou à la demande du titulaire de les retirer dans l'attente d'une action au fond par le titulaire. L'interrogation subsiste lorsque le titulaire n'a pas effectué d'action au fond, ou lorsqu'elle est sans objet. Certes, des dommages et intérêts provisionnels indemnisant le demandeur sont prévus, mais le titulaire de produits non-contrefaisants se retrouve avec un préjudice subi qui peut être plus important. La saisie-contrefaçon, quant-à-elle, consiste à effectuer une saisie matérielle des preuves de la contrefaçon : le titulaire peut s'introduire, sans phase de contradiction, dans les locaux du concurrent potentiellement contrefacteur²⁴¹. Enfin, la directive introduit le droit à l'information qui, là encore, permet au demandeur d'invoquer, dans le cadre d'une procédure de fond ou en référé, la demande de transmission de documents ou d'informations de nature comptable ou commerciale²⁴² aux autorités judiciaires sur les quantités, les prix et les détenteurs antérieurs afin d'apprécier l'étendue de la contrefaçon. Certes, cette demande permet de démanteler les

²³⁸ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, *JORF* n°252 du 30 octobre 2007 page 17775, texte n° 2.

²³⁹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

²⁴⁰ S. Verville, « La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire », *préc. cit.*, p. 725.

²⁴¹ V. article L. 332-4 du CPI.

²⁴² V. articles L. 332-1 et L. 722-4 du CPI.

réseaux mais laisse une marge de pouvoir importante au demandeur qui a accès à de nombreux documents qui peuvent être sensibles.

La problématique qui subsiste est relative à la sécurité juridique entre les parties, et un équilibre doit être trouvé. Ainsi, outre le manque à gagner important des produits de contrebande, il est nécessaire de ne pas omettre la concurrence étroite et vorace des entreprises qui, par tous moyens légaux, tentent de récupérer des informations ou de faire perdre du temps à d'autres titulaires, parfois légitimes, laissant place au doute²⁴³. Ainsi, les entreprises moins importantes, plus vulnérables, sont prises dans un cercle vicieux et deux choix s'offrent à elles : céder aux pressions ou aller jusqu'au procès, au risque de se voir sanctionner pénalement et payer des dommages et intérêts. Par ailleurs, les législations précédentes n'ont fait qu'accentuer les préjudices. Ainsi, qu'elle soit civile ou pénale, l'action en contrefaçon permet de faire cesser l'utilisation contrefaisante mais elle permet aussi d'être indemnisé des préjudices subis²⁴⁴. La juridiction compétente²⁴⁵ prend en considération distinctivement plusieurs facteurs déterminants pour l'évaluation des dommages et intérêts, notamment « *les conséquences économiques négatives de la contrefaçon dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée* », « *le préjudice moral causé à cette dernière* », « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissement intellectuel, matériel et promotionnel que celui-ci a retiré de la contrefaçon* »²⁴⁶. Ces dispositions témoignent d'une volonté de lutter contre la contrefaçon en indemnisant d'avantage que le « simple » préjudice subi.

Par conséquent, les titulaires de droits d'auteur peuvent s'opposer à toute atteinte à leur monopole sur l'œuvre originale sans l'autorisation de l'auteur ou des ayants-droits. Concernant les dessins et modèles, la contrefaçon s'appréciera sur l'impression visuelle d'ensemble faite par l'observateur averti par rapport à ce qui est connu. Pour les marques, la contrefaçon est toute reproduction à l'identique²⁴⁷ ou similaire²⁴⁸ dans la vie des affaires, à titre de marque et en fonction des biens et services mentionnés sur le registre. Enfin, le propriétaire d'un droit sur le brevet doit constater la reproduction de l'invention brevetée en fonction des limites des

²⁴³ F. Siiriainen, *Stratégies internationales et propriétés intellectuelle*, préc. cit.

²⁴⁴ V. articles L. 331-1-3, L. 521-7, L.615-7, L. 716-14 et L. 722-6 du CPI.

²⁴⁵ V. directive n°2004/48/CE du 20 avril 2004 transposée par la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 sur la compétence des tribunaux.

²⁴⁶ V. notamment article L. 521-7 du CPI.

²⁴⁷ CJCE, 11 sept. 2007, *aff. C17/96, Celine*.

²⁴⁸ V. notamment article L. 713-3 et L. 713-5 du CPI sur l'imitation d'une marque, notamment notoire, et la preuve du risque de confusion.

revendications du registre²⁴⁹.

Les litiges du droit de la propriété intellectuelle reposent sur deux facteurs majeurs : la faille des conditions ou la problématique de l'antériorité ; à l'évidence lorsque les droits ne sont pas enregistrés comme en droit d'auteur ou en droit des dessins et modèles non enregistrés, mais aussi en matière de droits enregistrés tels que les brevets. Lors des procès en contrefaçon, des demandes de déchéances de marque ou des actions en nullité, l'antériorité peut être prouvée par le registre où la règle du *first-to-file* prime sur la date de création, mais en matière de droit d'auteur, il est nécessaire de se constituer tous les modes de preuves infaillibles pour avoir l'antériorité lors de deux œuvres identiques concurrentes.

Section 2 – L'antériorité, la clé de voute des actions contre les titres de propriété intellectuelle

En cas d'action en revendication de propriété ou en opposition, le titulaire demandeur doit démontrer l'antériorité du titre : le registre pour un titre enregistré – ou le délai de priorité revendiqué²⁵⁰ - fait foi jusqu'à preuve du contraire (A), mais l'absence de celui-ci nécessite une étude approfondie des modes de preuve pour les titres non déposés (B).

§1. Les titres de propriété intellectuelle : un apport disparate de la preuve d'antériorité

Les titres de propriété industrielle, appartiennent en principe au premier déposant, quoi que cette règle contienne quelques exceptions²⁵¹. S'agissant des titres non-enregistrés, les titulaires sont les premiers inventeurs. Dans un cas comme dans l'autre, l'antériorité est au cœur de tous les intérêts. Aussi, d'autres droits de propriété nécessitent d'apporter une preuve certaine de la date de création, c'est le cas pour les dessins et modèles communautaires non enregistrés ou pour la revendication de droits de possession personnelle antérieure. Enfin, il s'agit aussi de s'éloigner des titres de propriété intellectuelle *stricto sensu* afin d'apprécier l'importance de l'antériorité des signes distinctifs tels que le nom de domaine ou des droits sui-

²⁴⁹ V. notamment l'article L. 613-7 du CPI sur le droit de possession personnelle antérieure.

²⁵⁰ V. articles L. 511-11, L.611-1 et L. 712-1 du CPI.

²⁵¹ Notamment pour le droit de possession personnelle antérieure, la revendication des droits d'un salarié ou d'une entreprise sur l'invention (article L. 611-7 du CPI ou en cas de dessins et modèles communautaire non enregistrés.

generis tels que la base de donnée. S'agissant des titres déposés auprès d'un office public, la date de demande d'enregistrement prime sur toute autre preuve, mais l'appréciation n'est pas si évidente : l'imitation d'une marque nécessite une comparaison, au même titre que la ressemblance de deux œuvres ou de deux dessins et modèles.

N'omettons pas la spécificité du brevet, qui requiert des compétences techniques pour apprécier cette antériorité²⁵². Pour rappel, pour être protégeable, un brevet doit impliquer une activité inventive²⁵³, doit être susceptible d'application industrielle²⁵⁴ et doit être une invention nouvelle. C'est ce point qui intéresse en l'espèce concernant la recherche d'antériorité : l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle dispose du fait que l'invention ne doit pas être comprise dans l'état de la technique, à savoir notamment « *tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet* ». Ainsi, le déposant d'un brevet près d'un office doit s'assurer que son invention n'empiète pas sur les droits d'un tiers, et qu'elle ne fait pas partie du domaine public. La nouveauté doit être suffisante, et de toutes pièces²⁵⁵, l'invention doit être nouvelle « *dans la même forme, dans le même agencement et dans le même fonctionnement* »²⁵⁶. La nouveauté est appréciée par rapport à la limite de chaque revendication, et non pas par une analyse globale²⁵⁷.

Aucune antériorité ne doit précéder l'invention : elle doit être publique et certaine, en ce sens que la date doit être établie avec certitude²⁵⁸. Comme évoqué, la recherche d'antériorité de brevet permet d'identifier l'état de la technique avant de déposer un brevet, et s'assurer d'éviter les procédures mettant ce brevet à mal. A l'évidence, il s'agit de ne pas divulguer le brevet avant son enregistrement, mais il s'agit aussi de vérifier s'il n'existe pas d'ores et déjà quelque part dans le Monde²⁵⁹. Un défaut de nouveauté n'est pas sanctionnable par l'Institut national de la propriété industrielle mais un tiers lésé n'hésitera pas à engager les procédures en cas d'empiètement sur ses droits ou de défaut de nouveauté. Si un brevet concurrent est similaire à

²⁵² Bulletin de la société d'encouragement pour l'industrie nationale, 2^e série, tome 3, mai 1856, pp. 264-267 – A. Lefèvre, Rapport au Sénat n° 537 fait au nom de la Commission des lois, 8 juillet 2009.

²⁵³ V. article L. 611-14 du CPI.

²⁵⁴ V. article L. 611-15 du CPI.

²⁵⁵ Paris, 4^e ch., 5 février 1992 : PIBD 1992, 524, III, 331.

²⁵⁶ Cass. Com., 8 juin 1982 : JurisData n°1982-002005.

²⁵⁷ TGI Paris, 11 juin 2004 : PIBD 2004, 795, III, 583.

²⁵⁸ Paris, 28 janv. 1980 : JurisData n°1980-763167, Dossiers Brevets 1980, VI, 2.

²⁵⁹ V. notamment « Espacenet » (de l'Office européen des brevets), PatentScope (de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), « Google Patents » ou encore « Patent Lens » (de l'ONG Cambia).

l'invention que le titulaire souhaite déposer, il est confronté à la date d'antériorité du registre de l'opposant, qui fait foi, à moins de détenir un droit de possession personnelle antérieure qui permet à « *toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable en possession de l'invention objet du brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet* »²⁶⁰.

En droit des marques, la tâche d'antériorité serait longue, coûteuse et fastidieuse si elle était confiée aux offices : c'est la raison pour laquelle le législateur a pris le soin de laisser les tiers revendiquer leurs droits par diverses procédures, notamment la procédure d'opposition ou l'action en déchéance pour défaut d'usage²⁶¹. Le déposant d'une marque doit, en vertu de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, s'assurer que le signe choisi est disponible et qu'aucun tiers ne l'utilise pour les biens et services déclarés à l'Office national. Cette recherche d'antériorité doit comprendre les signes identiques ou similaires afin de ne pas créer un risque de confusion dans l'esprit du public, que ce soit d'un point de vue visuel, conceptuel ou phonétique. Mais il ne suffit pas de chercher la disponibilité des signes utilisés à titre de marque : un dépôt de marque ne doit pas porter atteinte à toute une liste de droits limitant la disponibilité et dont les recherches peuvent s'avérer parfois complexes : une marque antérieure ne doit porter atteinte à une dénomination ou raison sociale, un nom commercial ou une enseigne réputée sur l'ensemble du territoire s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public, à une appellation d'origine protégée, à une indication géographique ou notamment à un droit d'auteur, un nom de domaine ou un dessin et modèle protégé, qui peuvent constituer une antériorité à la marque. Par conséquent, à défaut d'engager une action en contrefaçon²⁶², l'absence de recherche d'antériorité peut être considérée comme étant une faute de négligence ou d'imprudence²⁶³, mais, quelle que soit l'action, le titulaire prend des risques qui auront, *a posteriori*, des conséquences financières non négligeables.

Outre les titres de propriété intellectuelle, l'antériorité est tout aussi nécessaire pour un signe distinctif particulier : le nom de domaine. Titulaire d'une marque ou non, nombreux sont ceux

²⁶⁰ Art. L. 613-7 du CPI.

²⁶¹ « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ». Article L. 714-6 du CPI.

²⁶² V. article L. 716-4 du CPI.

²⁶³ Paris, 4^e ch., 11 janv. 1993 : PIBD 1993, 545, III, 356.

qui utilisent Internet pour créer un site et effectuer du commerce en ligne. Mais le nom de domaine n'est pas un droit régi par le Code de la propriété intellectuelle et les règles sont dans un premier temps établies par l'ICANN²⁶⁴ qui reposent sur le principe « first to file ». Aucune recherche d'antériorité n'est obligatoire et les risques sont moindres en comparaison à une action en contrefaçon. Dans le cas où un nom de domaine n'est pas protégé à titre de marque, il n'est pas nécessaire qu'il soit distinctif par rapport aux produits et services qu'il propose. Le titulaire d'un nom de domaine qui s'estime lésé ne bénéficie que d'une action en concurrence déloyale qui s'oppose à la liberté du commerce et de l'industrie. Autrement dit, il sera difficile de prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité entre deux sites concurrents. Toutefois, lorsqu'un nom de domaine est aussi enregistré en guise de marque, celui qui détient le droit d'usage sur celui-ci peut tout d'abord faire l'objet d'une action en cybersquatting près de ce même office. Encore faut-il qu'il soit titulaire d'une marque, qu'il engage une action contre un titulaire illégitime de mauvaise foi ou qui peut être poursuivi pour contrefaçon (reproduction de marque). Ainsi, est-il préférable d'utiliser les bases de données de l'AFNIC²⁶⁵ ou d'utiliser des outils de surveillance tels que la TMHC pour d'autres extensions – l'ICANN l'oblige²⁶⁶, afin de surveiller les nouveaux dépôts de noms de domaines par reproduction ou par similarité, mais cette surveillance possède ses limites²⁶⁷.

Enfin, s'agissant du dernier droit de propriété industrielle enregistré, les dessins et modèles ne sont protégeable qu'à condition de se démarquer de ceux déjà déposés et connus, mais les conditions sont différentes de ce qui a été étudié en matière de droit des brevets ou de droit des marques. Le titulaire d'un dessin et modèle peut obtenir, près de l'Office français ou européen un titre d'une durée de cinq ans renouvelables quatre fois à compter de la demande d'enregistrement²⁶⁸. Pour détenir un titre sur un objet valable, le dessin et modèle objet de protection doit répondre aux conditions de nouveauté et de caractère propre²⁶⁹, ce qui comporte de nombreuses conséquences sur la recherche d'antériorité²⁷⁰. L'absence d'obligation légale

²⁶⁴ L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) est « une organisation à but non lucratif et reconnue d'utilité publique rassemblant des participants du monde entier qui œuvrent à la préservation de la sécurité, la stabilité et l'interopérabilité de l'Internet ». – V. notamment : www.icann.org.

²⁶⁵ L'AFNIC est l'anagramme de l'Association Française pour le Nommage Internet en Coopération. Cet organisme gère les extensions soumises au droit français.

²⁶⁶ S. Kopye, Quels outils et méthodes pour surveiller les noms de domaines illicites ? Dalloz IP/IT 2016.

²⁶⁷ L. Ballet, « Nouvelles extensions et (in)sécurité juridique », Dalloz IP/IT, février 2016, n°2.

²⁶⁸ V. article L. 513-1 du CPI.

²⁶⁹ V. article L. 511-2 du CPI.

²⁷⁰ P. de Candé, Nouveauté. Caractère propre. Originalité : JCI. Marques, Fasc. 3230, 2015 – M. -C. Piatti, La nouveauté en droit des dessins et modèles. Retour sur un concept « relatif » : prop. indus. 2015, étude 12.

imposant d'effectuer une recherche d'antériorité n'empêche pas les tiers d'agir en nullité, ou en contrefaçon. L'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle précise que la nouveauté est appréciée par rapport aux dessins et modèles identiques divulgués « *à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou de la date de priorité revendiquée* ». Mais ce qui semble être une condition objective est trompeur : la nouveauté est appréciée *in concreto* par les juges du fond, ce qui complexifie la recherche d'antériorité²⁷¹. Quoi qu'il en soit, de façon similaire au brevet, le dessin et modèle ne doit être divulgué afin de bénéficier de la protection avantageuse du droit des dessins et modèle « commun » ; à défaut, le titre communautaire du dessin et modèle communautaire non enregistré peut protéger la création en cas d'atteinte. Mais, contrairement au brevet, l'antériorité ne détruira la nouveauté que si elle est suffisante et connue des professionnels du secteur. Aussi, la nouveauté doit être « de toutes pièces » et doit comporter toutes les caractéristiques du modèle litigieux²⁷². La condition de « caractère propre » n'apporte pas plus d'objectivité : il s'apprécie « *lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* ». Une fois de plus, l'appréciation subjective des conditions complexifie la tâche pour les créateurs qui ne doivent protéger que ce qu'un « observateur averti », qui représente un certain équilibre entre un « homme de l'art » et un consommateur moyennement éclairé. Il représente un utilisateur doté d'une vigilance particulière, en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur considéré²⁷³. Quoi de plus subjectif que le souvenir laissé à un amateur du secteur afin d'évaluer le caractère propre, quoi de plus complexe pour un créateur de voir sa création à travers les yeux de cet amateur ?...

Le registre, contrairement aux droits de la propriété intellectuelle, certifie une certaine validité du titre jusqu'à ce que le juge en décide autrement par une appréciation souveraine, délaissant le constat d'un droit simple et organisé. Aussi, les titres non déposés peuvent parfois atténuer un droit déposé, ou peuvent bénéficier d'une protection plus faible. Mais qu'en est-il du droit d'auteur ? La date prise en compte est celle à partir de laquelle l'auteur a matériellement fixé une œuvre originale²⁷⁴, l'œuvre étant réputée créée « *du seul fait de sa réalisation, même*

²⁷¹ Paris, 4^e ch., 12 janvier 2005, Camaïeu SA : PIBD 2005, 808, III, 326 : juge qu'un modèle de pull comportant un motif qui ne se retrouve pas dans les articles vestimentaires antérieurs doit être tenu pour nouveau alors que tel n'est pas le cas de celui qui présente un revers.

²⁷² Paris, 4^e ch., 25 fév. 2004 : D. 2005, pan. p. 1710, obs. Galloux ; PIBD 2004, 788, III, 369.

²⁷³ Cass. Com., 3 avr. 2013, Coline Diffusion ; prop. indus., 2014, chron. 4, §4.

²⁷⁴ V. article L. 111-1 du CPI.

inachevée » et « *indépendamment de toute divulgation publique* »²⁷⁵. Aucun critère de nouveauté n'est exigé : deux mêmes paysages peuvent être protégés indépendamment l'un de l'autre s'ils reflètent l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Mais la subjectivité de la notion d'originalité et l'absence de registre ou de conditions supplémentaires invite les créateurs à s'exprimer librement, au risque de dépasser les limites entre « inspiration » et « reproduction ». D'ailleurs, les nouvelles œuvres numériques ont parfois tendance à remettre en cause ce critère de « nouveauté ». Les bases de données ou les logiciels, des produits indispensables à l'économie du XXIème siècle, peuvent bénéficier d'une protection par le droit d'auteur à condition d'être originaux et de ne pas enfreindre les droits d'un tiers et ne pas reproduire ce qui est protégeable. Rappelons que la protection par le droit d'auteur entraîne *de facto* une protection dès sa création et sans aucune formalité : comment déterminer le périmètre de la protection d'un logiciel et comment protéger ce logiciel en l'absence de registre ? La date de création est nécessaire à plusieurs égards : afin de déterminer le point de départ de la protection et faire valoir ses droits lors d'un éventuel contentieux.

§2. Les modes de preuves soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond

Marcel PLANIOL, juriste et professeur de droit, déclarait que « *devant les tribunaux, c'est la même chose de n'avoir point de droit de n'en avoir point de preuve* ». A défaut de registre et d'absence d'obligation légale d'enregistrement, les droits de propriété intellectuelle nécessitent de se constituer d'autres modes pour prouver l'antériorité nécessaire à la protection, et ces derniers sont nombreux. Dès lors, prouver un droit de possession personnelle antérieure, un droit sur un logiciel ou une base de données, la participation à une œuvre plurale²⁷⁶ ou la création d'un dessin et modèle communautaire non enregistré par exemple, nécessite une attention particulière du créateur, qui doit se tourner vers d'autres moyens : constat d'huissier, acte notarié, enveloppe Soleau, catalogue, courriers...

²⁷⁵ O. Lagligant, « La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français », *LGDJ*, 1983.

²⁷⁶ V. notamment D. Bélot, *Le journal d'Anne Franck : nouvelle bataille pour éviter le domaine public*, *Juris art etc.*, 2015, n°30, p.7 : fond d'Anne Franck veut qualifier l'œuvre de collaborative afin de gagner du temps sur la durée de protection en avançant comme argument le fait que le père Anne Frank, Otto Frank, a collaboré à l'œuvre, notamment en supprimant des passages sur l'éveil et la sexualité de sa fille, le point de départ de l'œuvre de collaboration étant à la mort du dernier des auteurs, en vertu de l'article L. 123-2 du CPI.

Un faisceau d'indices est apprécié souverainement par les juges du fond. Agir en contrefaçon nécessite d'établir, dans un premier temps, la titularité du titre, et le demandeur est chargé d'apporter cette preuve par tout moyen en vertu du principe fondamental « *actori incombis probatio* » qui implique que c'est à celui qui invoque l'existence ou l'absence d'un droit de le prouver²⁷⁷. Il s'agit alors de démontrer que le défendeur n'est pas propriétaire mais que lui-même l'est : en droit de la propriété industrielle, le registre fait foi jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'à ce que le demandeur prouve l'illégitimité du déposant principal, notamment lorsqu'il est en fraude à une obligation légale ou contractuelle²⁷⁸ ou lorsqu'il s'agit d'une soustraction frauduleuse²⁷⁹. Cependant, pour les objets protégés par le droit d'auteur ou ne nécessitant pas d'enregistrement, il s'agit d'étudier les preuves et les lacunes de chacun d'entre eux, source d'insécurité juridique pour le titulaire et les tiers. Le droit d'auteur est un droit essentiel à la protection des œuvres, qu'elles soient traditionnelles ou numériques, marqué par une sensibilité particulière : la preuve de l'antériorité de l'œuvre qui peut s'avérer être une étape complexe.

Pour rappel, l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle fait acquérir un titre de propriété sur une œuvre originale par le seul fait de la création. Le formalisme n'est pas nécessaire, la protection étant automatique, encore faut-il prouver la titularité sur le contenu de la création. La divulgation fait bénéficier à celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée une présomption de titularité en vertu de l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle. Cette présomption simple peut être invoquée par tous les auteurs dont leur nom a été porté à la connaissance du public mais peut tout autant être revendiquée et ce, par tout moyen. Lors d'un contentieux remettant en cause la légitimité du titulaire, les parties doivent produire divers documents permettant de déterminer les différentes étapes de la création. La preuve est généralement constituée *a posteriori*, lorsque l'œuvre est achevée ou est sur le point d'être achevée, mais ne l'est pas sur le fil de l'eau. Comment protéger les travaux préparatoires d'une œuvre, l'œuvre inachevée étant protégeable ? La preuve étant par tous moyens, lors d'un litige, les titulaires peuvent apporter toute preuve qui fait souvent partie de la vie des affaires et constituent des documents internes : des documents marketing ou publicitaires, des dessins ou

²⁷⁷ V. notamment articles L. 521-4, L. 615-5 et L. 716-7 du CPI.

²⁷⁸ Mickaël Macé, « La contrefaçon du cocontractant - approche inductive par le contrat de franchise », Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit & de Science politique, Collection de l'Institut de Droit de affaires, Préface François Collart Dutilleul et J-P Clavier, 2015.

²⁷⁹ V. article L. 611-7 du CPI.

croquis, des correspondances épistolaires ou numériques, des photographies et catalogues, ou encore des factures : plus les preuves seront nombreuses, plus elles renforceront la force probante des faisceaux d'indices influençant l'appréciation des juges du fond. Pour déterminer leur jugement lors d'un conflit sur l'existence et la paternité du droit, les magistrats apprécient *in concreto* et de manière stricte chaque preuve apportée au débat.

Toutefois, trois problématiques intéressent les juges et juristes : ces indices doivent être datés et concordants, ils doivent respecter les autres droits – notamment le respect de la vie privée – et enfin, les contentieux internationaux sont parfois mis à mal par les différences de lois et d'interprétation des juges. Aussi, les documents internes sont soumis au principe de l'article 1315 du Code civil qui dispose du fait que « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* » : ils ne constitueront qu'un commencement de preuve par écrit et d'autres preuves complémentaires devront être apportées. L'envoi recommandé à soi-même par exemple, est une solution simple et peu coûteuse utilisée par les auteurs d'œuvres : l'envoi par pli recommandé avec accusé de réception permet de garder le pli scellé et de se servir du cachet de « La Poste ». En cas de contentieux : cela prouvera l'antériorité et la paternité du logiciel. Il reviendra alors au revendiquant d'apporter la preuve qu'il disposait déjà de ce logiciel antérieurement à la date de l'envoi, auquel cas d'autres modes de preuve devront être apportés pour démanteler les arguments en contradiction avec la date revendiquée. En effet, nombreux sont les échecs des actions en contrefaçon pour défaut de preuve valable²⁸⁰, et non sans raison : seule la date a une importance si elle est cohérente et intègre par rapport aux documents apportés (photos, factures, catalogues). Aussi, les preuves doivent être judiciairement admises et ne peuvent découler d'écoutes téléphoniques frauduleuses ou d'informations confidentielles, auxquels cas, en plus d'être nulles et non-recevables, celui qui apporte la preuve peut-être poursuivi sur d'autres faits, délictuels ou contractuels.

Les auteurs peuvent alors choisir l'intermédiaire du tiers de confiance en faisant appel

²⁸⁰ CA Paris, 6 sept. 2013, n°2012/12391, Liberty Retail v. H&M – Cass. 1^o civ., 15 janv. 2015, n°13-22.798, Prada v. SARL Cupidon.

à un huissier, une étude notariale, l'enveloppe Soleau de l'INPI²⁸¹ ou une société d'auteur²⁸². Certes, en théorie, aucune formalité n'est exigée mais le dépôt offre de nombreux avantages qui seront utiles lors d'un litige : le déposant doit démontrer qu'à la date de revendication du tiers lésé, il était en possession de l'œuvre qu'il a créée. Dès lors, professionnels du droit, organismes publics ou privés séquestrent la preuve de la création mais n'attestent pas, à l'évidence, de son originalité et de sa protection. L'envoi à un officier ministériel est coûteux et certaines preuves constatées par huissier ne sont pas valables si elles ne sont pas datées. Pour certaines œuvres protégées par le droit d'auteur, des mécanismes de dépôt légal, non obligatoires, sont créés, mais l'absence de dépôt n'emporte aucune conséquence sur les indemnités potentiellement versées lors du jugement, contrairement au droit d'auteur d'autres Etats. Pour les logiciels, un dépôt à l'Agence pour la Protection des Programmes est possible : elle protège de manière efficace le logiciel en lui attribuant un identifiant international, une sorte de « carte d'identité » permettant de démontrer, la date et la paternité du logiciel. Mais là encore, si un tiers apporte un faisceau d'indices prouvant que sa date de création est antérieure à celle déposée, le dépôt n'est pas une preuve irréfutable. Aussi, le dépôt légal peut être une solution. Les documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels ou multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition et de diffusion, dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public, peuvent faire l'objet d'un dépôt légal²⁸³ administratif à la Bibliothèque nationale, au Centre national de la cinématographie ou à l'Institut national de l'audiovisuel. Enfin, les œuvres cinématographiques ou visuelles peuvent être enregistrées dans le registre

²⁸¹ Le titulaire commande une enveloppe de deux compartiments pour une somme de quinze euros à l'intérieur desquels il glisse la description de sa création en deux exemplaires parfaitement identiques et cela lui confère une date d'antériorité pendant dix ans, renouvelable une fois pendant cinq ans. Cependant, aucune clé USB ne peut y être insérée : cela constitue une limite non-dénuée d'importance pour les œuvres numériques. Dès lors, depuis 2016, l'enveloppe Soleau numérique est possible : elle permet d'établir la preuve d'une création à une date donnée par la sauvegarde de fichiers par une procédure en ligne. Autant cette approche numérique du dépôt d'une œuvre à titre probatoire pallie les sept pages d'un dépôt papier, autant elle présente certains inconvénients : une enveloppe e-Soleau ne peut contenir plus de trois fichiers qui ne peuvent excéder 100 Mo (mégaoctets), la qualité des fichiers ne pouvant excéder 300 Mo (Tous les formats sont pris en charge : texte (.txt, .pdf, .zip...), image .gif, .jpg, .tiff, .png...), son (.mp3, .mp4, .wav, .flac...), vidéo (.mp4, .mkv, .mpg, .dv...). Aussi, le tarif est de quinze euros pour 10 Mo mais augmente de dix euros pour 10 Mo supplémentaires : le dépôt total constitue une somme de trois cent cinquante euros. L'INPI conserve l'enveloppe Soleau contre un récépissé daté à la date de l'ancrage, et sa durée de validité n'est que de cinq ans seulement, prolongeable pendant cinq ans une fois. Les insuffisances de la capacité de stockage et de la durée de conservation de ces enveloppes, constituent des limites qui pourraient être atténuées, voire supprimées, par la *blockchain*. Aussi, en matière d'enveloppe Soleau, un document doit être conservé par l'INPI ainsi que par le déposant, qui scelle et renseigne ses noms et son adresse puis renvoie le tout à l'INPI par voie postale. L'INPI perfore alors l'enveloppe, retourne un des volets au créateur, qui ne doit détacher l'enveloppe et qui doit la conserver.

²⁸² Site de « MaPreuve » : <https://www.mapreuve.com/fr/>.

²⁸³ S. Sepetjan, « Le dépôt légal et le droit d'auteur », Droit d'auteur et bibliothèques, 2012, p. 99 à 111.

public de la cinématographie et de l'audiovisuel²⁸⁴ mais la date de dépôt près de ces organismes peut-être renversée par la date antérieure d'un tiers.

Par conséquent, contrairement au registre des droits de propriété industrielle, la datation a alors ici toute son importance, les juges basent la titularité des droits sur cette antériorité par rapport à des réalisations identiques ou similaires antérieures appartenant ou non à des tiers et elle fait courir le point de départ du délai d'existence du droit d'auteur. Les juges doivent être certains que le titulaire a effectué la création à cette date, et qu'il s'agit bien de cette création, et les juges sont minutieux. Les documents apportés permettent de déterminer le réel auteur de l'œuvre et aucune ambiguïté ne doit exister quant à l'identité du créateur : mais les preuves contradictoires des parties font des procès un véritable parcours du combattant. Concluons en soulignant deux problématiques principales qui affaiblissent la protection des œuvres ou des objets industriels ne nécessitant pas de formalité. L'absence de dépôt ouvre des failles quant à l'antériorité ou à l'obtention de dommages et intérêts dans certains Etats, et l'authenticité et la datation certaine de la création sont deux critères complexes à certifier.

²⁸⁴ Loi du 22 février 1944 relative à la publicité des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie, *JORF* 10 mars 1944.

CONCLUSION : CHAPITRE 1

Le dépôt d'une demande d'enregistrement d'un titre sur un registre constitue le point de départ d'un droit ouvrant le dialogue entre différents protagonistes : tiers, offices, titulaires, jusqu'aux juges. En effet, par l'intermédiaire administratif ou judiciaire, les protagonistes, interrogent la validité de l'acte de manière défensive ou stratégique, les rapports entre les parties étant animés par la concurrence et la volonté de bénéficier du monopole sur un objet protégeable. Cependant, il s'agit d'adoucir les relations directes ou indirectes en sécurisant les titres par un droit forgé et délimité, le flou juridique étant une porte ouverte à de nombreuses actions non fondées en théorie. Aussi, les titulaires légitimes peuvent revendiquer les droits qui leur appartiennent, à juste titre ou non, ce qui peut restreindre ou anéantir le droit déposé.

C'est pour cela que, qu'ils bénéficient de mesures de publicité préalable ou non, il est primordial d'avoir les réflexes de conserver une preuve de la création ou de l'invention tout au long de sa protection, afin d'ôter tout doute sur le périmètre de protection de celle-ci et la qualification de son *propriétaire*... Pour cela, il est nécessaire d'étudier des solutions pour fortifier les titres établis sur un socle solide, moins équivoque, socle aujourd'hui affaibli par les limites internes du droit ou les limites techniques de certains modes de preuve.

Chapitre 2 – Un tiers informé d’un droit de propriété intellectuelle horodaté : vers une sécurité juridique renforcée

En France, les marques, les brevets, les dessins et modèles font l’objet d’un dépôt préalable près de l’Institut national de la propriété industrielle afin d’obtenir une protection juridique. Mais depuis la Convention de Berne de 1866, qui harmonise la législation entre les pays et rapproche les liens entre le droit d’auteur et le copyright, aucune formalité n’est préalable à la protection : le droit né de la création de l’œuvre. Cependant, lors d’un contentieux sur la légitimité du droit, lorsque deux personnes revendiquent un même droit, il est nécessaire de prouver l’antériorité du titre et nous avons approfondi les lacunes des modes de preuve existantes. Pourtant, les œuvres de l’esprit sont nombreuses : des livres aux photographies en passant par les œuvres numériques telles que les logiciels, les bases de données ou les jeux-vidéos, toutes nécessitent de se pré-préconstituer et de préserver des preuves efficaces, certaines, fiables, de l’existence et de la titularité des droits. Cette insécurité juridique au cœur de nombreux procès, lourds, longs, lents, complexes, interroge la sécurité des titres et laisse non seulement perplexe les auteurs, mais aussi les titulaires de droits voisins, de droits *sui-generis* et les investisseurs qui nécessitent une certaine confiance dans leurs relations contractuelles ou contentieuses²⁸⁵. Ces problématiques amènent à approfondir un nouveau mode de preuve infaillible : la *blockchain* comme registre – probatoire - préalable à la protection, à condition d’éclaircir certaines zones d’ombres juridiques (Chapitre 1).

Malgré les traités internationaux et la volonté d’unifier le *common law* et le droit civil en matière de droit d’auteur, des disparités entraînant des conséquences fondamentales subsistent : certes le dépôt d’une œuvre sur un registre comme une condition préalable de protection n’est pas nécessaire, mais certains pays anglophones ont conservé, par des mécanismes procéduraux subtils, un registre non pas obligatoire mais fortement conseillé : l’absence de celui-ci et des conditions de forme du sigle peuvent fortement impacter les indemnités compensatoires du titulaire lésé (Chapitre 2), conséquences capitales pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle.

²⁸⁵ M. Raffinot, M. Raffinot, « *Blockchain* et pays en développement : vers une technologie maîtrisée ? », D. 9 janv. 2018.

Section 1 – La *blockchain* : un problème juridique, une solution technique

L'absence de registre répertoriant les droits de propriété intellectuelle ainsi que certains droits industriels est pallié par des modes de preuves divers qui comportent des brèches ; brèches auxquelles la *blockchain* peut apporter des solutions innovantes (A). Sa recevabilité juridique au sein d'autres matières n'interroge pas, à première vue, sur sa validité probatoire lors d'un procès ; quoi que certains doutes subsistent quant à son application pratique et concrète (B).

§1. Un mode de preuve irréfutable de la création antérieure

François ANCEL, vice-Président adjoint au Tribunal de grande instance de Paris, affirme que « *la preuve par la blockchain pourrait être un substitut aux autres modes de preuve d'antériorité des créations* »²⁸⁶. La *blockchain*, ou « chaîne de blocs », permet le stockage et la transmission de transaction grâce à une suite successive de blocs horodatés par les mineurs. Grâce à l'ancrage, le document hashé sous la forme d'une empreinte numérique unique sera conservé de façon immuable : tout document hashé et ancré ne peut être modifié²⁸⁷. Quel *aficionado* de la propriété intellectuelle ne verra pas dans ce mode de preuve intelligent le futur de la preuve de l'antériorité d'une œuvre²⁸⁸ ou d'un droit de possession personnelle antérieure²⁸⁹ ? Et pour cause, l'ancrage sur tous les nœuds du réseau permet de dater l'œuvre à une date précise, de façon automatique et immuable. En effet, l'heure du minage est vérifiée par les blocs minés et participe aussi à l'empreinte, si l'horloge est mal réglée, le bloc sera rejeté

²⁸⁶ A. Barrez, M. Blankiet et A. Chazeaux, « *Blockchain et droit d'auteur : dans quelle mesure la blockchain impacterait-elle le droit d'auteur* » ; projet d'étude dans le cadre du Master 2 propriété intellectuelle appliquée à l'Université UPEC, 2018 [en ligne]. Disponible sur : <http://www.masterpia.com/wordpress/wp-content/uploads/2018/06/La-blockchain-et-le-droit-dauteur.pdf> (consulté le 06/05/2020).

²⁸⁷ Un simple changement de format ou de fichier, par exemple du format .odt au format .pdf, changerait l'empreinte.

²⁸⁸ R. Bloch, « *La blockchain peut-elle révolutionner le droit d'auteur ?* », 16 mars 2018 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/sciences-prospective/0301447937425-la-blockchain-peut-ellerevolutionner-le-droit-dauteur-2162314.php> - F. Boulanger, « *La blockchain au soutien des auteurs, une réalité ?* », 2 mars 2018 [en ligne]. Disponible sur : <http://www.iredic.fr/2018/03/02/la-blockchain-au-soutien-des-auteurs-une-realite/>.

²⁸⁹ BlockchainyourIP, « *Blockchain et Possession Personnelle Antérieure PPA : une révolution en matière de preuve des inventions non-divulguées* », 01 janvier 2018 [en ligne]. Disponible sur : <https://blockchainyourip.com/possession-personnelle-antérieure-ppa-blockchain-preuve-inventionsnon-divulguées-brevet-propriete-intellectuelle/>.

au-delà d'une certaine marge d'erreur de plus de cinquante-et-un pourcent des blocs²⁹⁰, ses applications en matière de preuves de la paternité d'un titre, de l'existence ou l'usage d'un droit, ou d'une contrefaçon ne sont plus à démontrer²⁹¹, et la date est primordiale pour connaître le point de départ de protection²⁹². La version originale du titre de propriété intellectuelle peut être téléchargée sur la *blockchain*, mentionnant les coordonnées du concepteur ou du créateur ; l'empreinte correspondante est alors horodatée et conservée sur la base de donnée intelligente.

La *blockchain* pallie le défaut de registre cataloguant précisément les titulaires de telle ou telle œuvre, permet de démontrer une « date de création » des dessins et modèles communautaires non enregistrés ou donne la possibilité à un inventeur antérieur de conserver des droits restreints sur son invention en prouvant l'antériorité. Il ne s'agit pas simplement de démontrer l'antériorité. Les objets de droits de propriété intellectuelle exigent une réflexion plus complexe : le titulaire doit prouver la date de création, la démarche créative pour démontrer l'originalité, protéger les esquisses en tant qu'œuvre inachevée et ainsi défendre arduement son dossier. Lors de la conception d'une invention collaborative²⁹³, lors d'un travail *de consortium*, scientifique ou artistique, la *blockchain* permet de couvrir toute la zone antérieure à la création, de façon similaire à un cahier de laboratoire. En matière de dessins et modèles notamment, un bijou ou une robe nécessite une phase de recherche d'un à six mois ; un dessin de flacon exige une phase de recherche et de développement de trois ans en moyenne²⁹⁴ : il s'agit alors de démontrer l'antériorité lorsqu'un tiers atteint le périmètre de l'objet protégeable créé antérieurement.

Nonobstant, la confidentialité de ce registre intelligent permet de conserver la nouveauté, condition *sine qua none* à la protection d'une information sensible dont la divulgation pourrait avoir de lourdes conséquences juridiques, notamment en matière de brevet, sans oublier le secret des

²⁹⁰ S. Legrand, « Enjeux de la *blockchain* du point de vue du praticien », Dalloz IP/IT 2019, p. 85.

²⁹¹ V. Fauchoux & A. Gouaze, « Pourquoi la *blockchain* va révolutionner la propriété intellectuelle ? Application pratique au secteur de la mode », prop. intell. n°65, octobre 2017, p. 23 et suivantes : les sociétés comme Everledger permettent une traçabilité des diamants. Carrefour utile aussi la *blockchain* pour la traçabilité de ses poulets d'Auvergne.

²⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 2007, n° 02-13.420, Sesostris III sur l'erreur des experts sur l'époque d'une statuette.

²⁹³ I-M. Barsan, « Blockchain et propriété intellectuelle », *préc. cit.* : « en cas de litige, la qualification d'œuvre collective dépendra toujours de l'appréciation des tribunaux au regard de l'ensemble des éléments de preuve qui seront versés au débat par les parties ».

²⁹⁴ G. le Marraud des Grottes et V. Fauchoux FAUCHOUX, « En matière de propriété intellectuelle, la *blockchain* présente l'avantage de couvrir toute la zone de l'avant-brevet », *RLDI* 2017, n°143.

affaires²⁹⁵ qui peut protéger une phase de conception préalable à une invention brevetable ou un savoir-faire. En effet, la *blockchain* permet uniquement de certifier que le document a été ancré au support à telle date²⁹⁶. Par ailleurs, la protection d'un droit par un ancrage par la *blockchain* permet aux auteurs de s'affranchir du tiers de confiance, « éventuellement faillible, éventuellement corrompible »²⁹⁷ à un coût défiant et par un moyen sécurisé défiant tous les autres modes de preuve.

L'utilité de la *blockchain* en matière de propriété intellectuelle n'est plus à prouver et son engouement en la matière fut d'ailleurs pris en compte par les institutions, qu'elles soient nationales, européennes²⁹⁸ ou internationales. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, dans son communiqué de presse en date du 27 mai 2020, a publiquement déclaré vouloir faciliter le travail des auteurs par un registre intelligent²⁹⁹ complémentaire aux systèmes de vérification des travaux de propriété intellectuelle en matière de marques, de brevets, de dessins et modèles, d'indications géographique ou d'arbitrage et de médiation. Ainsi, elle met en place une « preuve infalsifiable de l'existence à un moment donné de tout fichier électronique », un « notaire numérique offrant un service fiable, économique et efficace dans le monde entier » afin de démontrer l'existence d'un actif intellectuel. Comment ce système de protection moderne, « 2.0 », fonctionne-t-il ? L'organisme mondial spécialisé créé des « jetons WIPO PROOF » qui permettent la création d'empreintes horodatées d'un fichier qui « peut être acheté à l'unité pour une somme modeste ou par lots à un prix réduits » pour une validité de deux ans³⁰⁰. Ainsi, lors d'un litige, les jetons sauvegardés dans la *blockchain* peuvent établir la

²⁹⁵ Le secret des affaires est l'antithèse des droits de propriété intellectuelle : afin d'être protégés, ils nécessitent d'être confidentiels. L'article 2 de la Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 9 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites définit le secret d'affaire comme étant toute information « secrètes », ayant « une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes », et ont fait l'objet « de dispositions raisonnables compte tenu des circonstances destinées à les garder secrètes ».

²⁹⁶ A. Favreau, « L'avenir de la propriété intellectuelle sur la blockchain », prop. intell. 2018, n°6, p. 1.

²⁹⁷ B. Barraud, « Les *blockchains* et le droit », *RLDI* 2018, n°147, p. 56.

²⁹⁸ L. Lequien, « L'Europe ne veut pas "rater" la révolution blockchain », 4 février 2018. <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/l-europe-ne-veut-pas-rater-larevolution-blockchain-767039.html>.

²⁹⁹ Communiqué de presse de l'OMPI, « WIPO PROOF : nouveau service fournissant la preuve de l'existence d'un actif intellectuel », Genève, 27 mai 2020, PR/2020/855 [en ligne]. Disponible sur : https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2020/article_0012.html : permet de protéger les inventions et les œuvres, notamment de collaboration (préalable à la conception d'un brevet ou d'une musique, par exemple).

³⁰⁰ OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Enquête sur les législations nationales concernant les systèmes d'enregistrement volontaire du droit d'auteur et des droits connexes*, OMPI SCCR/13/2 (21-23 novembre 2005) : en 2002, plusieurs Etats membres de l'OMPI ont demandé la réalisation d'une étude sur la question des « systèmes d'enregistrement volontaire des droits d'auteur », système ayant plusieurs intérêts en

titularité sur l'intégrité de l'objet protégé. Là aussi, la confidentialité est sauvegardée : aucun accès au contenu n'est autorisé, ou n'est même possible : seul une copie de l'empreinte, un jeton, validé par les mineurs, est conservée.

Peu après l'annonce de l'organisation mondiale spécialisée, c'est au Directeur de l'Organisation des Nations unies, Monsieur François GURRY, d'annoncer la mise en place d'un registre d'empreinte numérique qui permettra d'ancrer les phases de création d'un droit de propriété intellectuelle, en soulignant l'intérêt urgent d'un tel dispositif dans un système où les créations collaboratives ne cessent de croître³⁰¹. Ces systèmes s'inspirent fortement des systèmes déjà mis en place par des organismes de gestion d'auteur ou des sociétés d'enregistrements des droits³⁰² : lorsque le document est ancré, un document est remis au déposant, il constitue le certificat de preuve contenant le nom du déposant et le titre du document, la date de création, d'ancrage et l'empreinte du bloc, document qui sera nécessaire lors d'un contentieux afin de démontrer l'existence et l'intégrité de l'objet litigieux. Evoquons tout de même, sans outrepasser les arguments *ci-après*, le fait que le hachage ne fonctionne sur le principe du « *one way* », c'est-à-dire que le document n'est pas récupérable – si aucun système de stockage n'accompagne la *blockchain* : lors d'une procédure judiciaire, le document devra être ancré à nouveau pour vérifier si l'information sur l'œuvre ou sur l'invention correspond à celui détenu par le titulaire. Ce certificat est infalsifiable, évite l'étape coûteuse du tiers de confiance.

De façon plus globale, l'intérêt majeur pour la *blockchain* se justifie par l'ensemble des opportunités qu'elle offre : prouver une antériorité, contrôler l'ensemble du réseau de distribution³⁰³, démontrer une contrefaçon. Sur ce dernier point, la *blockchain* est de plus en plus utilisée dans l'industrie du luxe, automobile ou pharmaceutique pour retracer les produits contrefaits. A terme, elle contribuera à « *atténuer le risque de litiges futurs* »³⁰⁴. Alors, la

matière de reconnaissance des droits et même, de contrefaçon. L'OMPI a alors effectué une étude de droit comparé soulignant l'apport d'un tel système en droit de la propriété intellectuelle.

³⁰¹ « L'ONU lance un système d'empreinte numérique pour les innovations », Swissinfo.ch, 27 mai 2020 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.swissinfo.ch/fre/l-onu-lance-un-système-d-empreinte-numérique-pour-les-innovations/45787170>; le Directeur de l'OMPI, François Gurry, a annoncé qu'un nouveau système permettra davantage de collaboration. Un paquet de dix mille empreintes aurait un coût de treize francs suisses.

³⁰² V. notamment les sociétés comme « Blokai », « Ascribe », « Monegraph », « Proof of existence », « Bernstein technology » ou « BlockchainyourIP ».

³⁰³ R. Burstall et B. Clark, *Blockchain, IP and the Fashion Industry*, Managing Intellectual Property, 23 march 2017.

³⁰⁴ Communiqué presse de l'OMPI du 27 mai 2020, *préc. cit.*

blockchain en tant que preuve parfaite a une importance économique, juridique, considérable³⁰⁵ mais qu'en est-il de son régime juridique ? Après un état des lieux des apports et des inconvénients de la *blockchain*, le rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique³⁰⁶ interroge les pouvoirs publics sur l'exigence d'une réglementation, analogue ou différente de celle encadrant les titres financiers, en soulignant le besoin d'un cadre juridique en la matière.

§2. L'imperfection d'un mode de preuve juridiquement recevable

Aucun encadrement légal reconnaît la *blockchain* en tant que preuve des droits de propriété intellectuelle. Une fois ce cadre établi, interrogeons sa recevabilité potentielle : la preuve de l'antériorité d'un titre se prouve par tous moyens ; encore faut-il que la *blockchain* soit un moyen efficace et reconnu en justice. La réponse est positive : les chaînes de blocs peuvent être introduites légalement en justice. Sa force probante en tant que preuve est évaluée par les juges du fond, sans que ces derniers ne puissent l'écarter au seul motif de sa forme numérique. Mais le système de la *blockchain*, éprit dans un élan de « révolution numérique de la preuve », n'échappe pas aux règles de droit commun, à défaut de régime spécifique. En principe, la *blockchain* peut être recevable lors d'un procès civil ou en matière commerciale³⁰⁷. L'article 1358 du Code civil pose le principe de la liberté de la preuve pour les faits juridiques, incluant l'acte de création et l'acte de contrefaçon. L'article 1366 de ce même Code précise que l'écrit, nécessaire pour les contrats dépassant un montant de mille-cinq-cents euros, peut être apporté de façon électronique : l'écrit électronique ne peut alors être rejeté à condition que puisse être identifiée « la personne dont cet écrit émane » et que celui-ci soit « établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Il a alors la même force probante. L'article suivant définit le procédé fiable d'identification comme étant celui « garantissant le lien avec l'acte auquel il s'attache », lien qui est présumé si l'identité du signataire ainsi que l'intégrité de l'acte est assurée.

³⁰⁵ S. Canas, Blockchain et preuve – le point de vue du magistrat, Dalloz IP/IT 2019, p.81.

³⁰⁶ Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), Rapport de la mission sur l'état des lieux de la 26 blockchain et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique, rapport établi par J-P Dardayrol et J. Martin, présidents de la mission et C-P Astolfi et C. Beaufils, rapporteurs de la mission, janvier 2018. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/184000106.pdf>

³⁰⁷ En matière commerciale, l'article L. 110-3 du Code de commerce pose aussi le principe de la liberté de la preuve entre commerçants.

L'absence des conditions de droit commun pourrait être sanctionnée tant sur le plan national que par les juridictions européennes, si un raisonnement analogue au règlement « eIDAS » est effectué³⁰⁸. Ce règlement impose, pour bénéficier d'une présomption de fiabilité en matière de signature et d'horodatage, qu'il soit fait usage d'un tiers de confiance. Ainsi, il est nécessaire pour le déposant, en supplément de l'apport du certificat de preuve, de certifier, dans un premier temps, l'intégrité du document, et, dans un second temps, il doit être en mesure de prouver que la signature électronique émane de sa seule volonté, qu'il est lié au document. Cependant, la *blockchain* est anonyme ou pseudonyme, cet intérêt confidentiel est substantiel à ce procédé³⁰⁹ : il faudrait alors réintroduire un tiers de confiance en tant qu'autorité de vérification identifiant les participants, sans quoi la preuve irréfutable de la paternité ne pourra être totalement apportée. Aussi, il n'est pas impossible qu'une clé privée permettant d'accéder à la clé publique soit perdue ou volée, permettant à un tiers de s'approprier l'empreinte numérique *a posteriori* en étant le seul à justifier de la possession de l'empreinte qui sera inscrite sur le certificat ; mais la démarche complexe en matière de compétence technique amène à être vigilant sans tout autant être aliéné par la peur incessante d'un piratage de l'ensemble du réseau. Aussi, pour modifier l'empreinte, il est peu probable qu'une attaque de cinquante-et-un pourcent des nœuds corrompent l'ensemble du système, même si le risque n'est jamais impossible, des détournements ont d'ailleurs été observés et appellent un besoin de garanties infaillibles.

Certes, l'œuvre stockée sur un serveur sera certifiée par une date certaine ce qui réduira la complexité des procès, mais la nature du tiers de confiance interroge : est-ce le rôle des agences administratives telles que les offices, des organismes internationaux, ou encore celle des notaires, huissiers et organismes de gestion collective ? Quelle sera la recevabilité de cette *blockchain* et les juges sont-ils compétents ? Quelle que soit la solution, il est irrémédiable qu'une formation technique de l'ensemble des professionnels du droit doit être effectuée avant une reconversion totale, et, afin d'apaiser les peurs d'un potentiel remplacement de personnes physiques par des « robots-techniciens », rappelons que la complexité du droit, en matière de fond³¹⁰ comme de forme³¹¹ oblige un esprit humain à intervenir sur la décision, et ce jusqu'à la

³⁰⁸ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

³⁰⁹ La *blockchain* a d'abord remis en cause les banques en tant que tiers de confiance dans la gestion financière, mais ne les a pas remplacés : elle est utilisée comme un outil supplémentaire.

³¹⁰ Nous pouvons notamment citer les notions telles que « impression visuelle d'ensemble », « homme de métier » ou encore les exceptions du droit d'auteur.

³¹¹ Y. Cohen-Hadria, « *Blockchain* : révolution ou évolution », IP/IT, 2016, p. 537.

création d'une intelligence artificielle ultra-avancée... Aussi, d'autres considérations techniques sont à souligner, atténuant les fantasmes d'un e-registre digitalement lié.

Dans les cas où l'identité et l'intégrité serait démontrée, la présomption de paternité du document n'est qu'une présomption simple qui peut être renversée si la date apportée est antérieure à la date d'horodatage inscrite lors de l'ancrage. Lors du procès, le certificat *blockchain* est présenté devant le juge qui doit d'abord établir sa validité : les magistrats rapprochent l'empreinte du document ancré et la compare en l'ancrant à nouveau sur ce bloc. La même empreinte, la même suite de chiffres et de nombres que l'ancrage initial doit être inscrite, dans le cas contraire, la preuve de l'antériorité serait nulle³¹². Le hachage ne fonctionne que dans un sens, la reconstitution de l'original est impossible : le juge recommence alors l'opération. Cependant, les juges n'ont pas toujours *a fortiori* les compétences requises et un huissier sera appelé pour témoigner du résultat de la comparaison³¹³. Celui-ci dressera un procès-verbal de conformité attestant que les empreintes sont identiques. Mais les droits et obligations des huissiers sont réglementés, notamment l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui délimite ses pouvoirs en disposant du fait qu'ils « *peuvent effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter, sauf en matière pénale où elles ont une valeur de simples renseignements, ces constatations font foi jusqu'à preuve du contraire* ». Les juges, en vertu de ce principe, sanctionnent tout huissier qui n'a pas joué un rôle passif, mais qui a outrepassé ses fonctions, notamment en ouvrant le compte client lui-même³¹⁴. D'ailleurs, François ANCEL conclut par le fait que « *si l'huissier effectue la traduction d'un langage crypté en un langage intelligible il outrepassera ses fonctions, ce qui ne sera pas le cas s'il se limite à constater une traduction automatique générée par un logiciel par exemple* ».

Par conséquent, malgré les nombreux avantages que la *blockchain* propose, elle ne peut

³¹² Entretien avec C. Bergé-Lefranc, « La *blockchain* est une technologie très efficace pour se préconstituer une preuve », Actualité du droit, 20 juill. 2017 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.actualitésdudroit.fr/browse/tech-droit/blockchain/8244/clement-berge-lefranc-co-fondateur-de-ledgyssolutions-a-blockchain-est-une-technologie-tres-efficace-pour-sepreconstituer-une-preuve.fr>.

³¹³ G. Marraud des Grottes, « La *blockchain* est une technologie très efficace pour se constituer une preuve », *RLDC* 2017, n°150, p. 3.

³¹⁴ Cass. com. 1^{ère}, 20 mars 2014, n°12-18.518 : sanctionne l'huissier qui a adopté un rôle trop actif en ouvrant le compte client lui-même -- Cass. com. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-25.210 : au visa de l'article 6 §1 de la Charte européenne des droits de l'Homme, les procès-verbaux ne respectant pas les règles de procédure ne sont pas recevables.

être comparée, à elle seule, à un acte authentique. Les huissiers et les notaires participent à l'élaboration de l'acte et vérifient l'absence de contrariété, d'une part, à l'ordre public et, d'autre part, aux droits des tiers, fonction que la *blockchain* ne peut assurer³¹⁵. Maître Éric ALBOU, huissier de justice, estime que la *blockchain* sera « conditionnée par l'intervention de l'huissier dans la procédure, ce qui démontre en soit la faible valeur probante de la *blockchain* ». Le débat portera, de façon certaine, sur l'obligation de l'intervention de confiance, mais la problématique technique de la fiabilité du logiciel de traduction qui sera mis en place pour éviter que l'huissier outre passe ses fonctions. Il faut incontestablement éviter une situation dans laquelle cas une tierce personne interviendrait afin de traduire la preuve constatée par l'huissier, qui viderait – encore - l'utilisation de la *blockchain* de sa substance. Une solution pourrait se trouver au sein d'une collaboration juridico-technique, notamment par un logiciel qui serait agrégé et sécurisé par l'Agence nationale en matière de sécurité et de défense des systèmes d'information, l'ANSSI³¹⁶, du moins pour que celle-ci valide les algorithmes de traduction du langage crypté.

Trois dernières problématiques méritent réflexion. Tout d'abord, le système de *proof-of-work*, lorsque les mineurs valident les blocs, est limité en terme de transaction par seconde³¹⁷ et le temps de validation est latent. Pour un bitcoin par exemple, il est impossible de faire plus de sept transactions par seconde et celles-ci sont valides après un certain temps qui est d'environ une heure. Aussi, son caractère énergivore et son rendement de plus en plus faible déconstruisent la façade parfaite de ce mode de preuve : d'immenses fermes de serveurs exigent une consommation quotidienne avoisinant un Etat comme l'Irlande, et le contexte actuel ne permet pas d'omettre ces faits³¹⁸. Cela amène à la deuxième problématique, la *blockchain* peut être conservée pendant combien de temps ? Comme le souligne Nicolas BINCTIN³¹⁹, « il faudrait que dans 150 ans, on puisse encore dire à qui appartiennent les droits sur les œuvres », philosophie qui s'oppose à une autre doctrine qui voudrait que « l'informatique moderne avec la puissance de ses machines, y compris les smartphones et ses réseaux de communication, [sera] en mesure de surmonter »³²⁰. Enfin, le principe de territorialité du droit contredit le

³¹⁵ *Blockchain* : précisions sur sa définition, son encadrement juridique et sa force probante légale, Rép. min. n° 22103 : JOAN, 10 déc. 2019, p. 10774, Fasquelle D.

³¹⁶ Site de l'ANSSI : <https://www.ssi.gouv.fr/>.

³¹⁷ L. Loly, « La *blockchain* est-elle une révolution pour la propriété intellectuelle ? » ; Dalloz IP/IT 2018.

³¹⁸ L'avenir de la propriété intellectuelle, association JUSPI, Paris, 3 octobre 2017, *préc. cit.*

³¹⁹ N. Binctin, « Quelle place pour la *blockchain* en droit français de la propriété intellectuelle ? », *prop. intell.*, octobre 2017, n°65, p. 22.

³²⁰ J-P. Delahaye, « Les *blockchains*, clefs d'un nouveau monde », *préc. cit.*

système décentralisé mondial de la *blockchain*, or certaines conditions nécessitent un lieu afin d'établir la protection, notamment le lieu où l'œuvre ou le dessin et modèle national ou communautaire ont été divulgué, l'Etat où le dessin et modèle communautaire non-enregistré a été créé, ce qui le soumettra à un certain régime de protection ou à un autre. Mais l'intérêt de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à ce sujet aura sans nul doute pour effet de dénuer ce questionnement de son essentiel intérêt.

Section 2 – Le marquage et l'expansion des droits : une mesure prudente

Dès l'origine de cette étude, nous avons maintes et maintes fois évoqué le fait que les droits d'auteur ne nécessitent pas de forme, ce qui fut établi internationalement par la Convention de Berne et rapproche les liens entre le *common law* et le droit civiliste. Pourtant, de nos jours, des disparités subsistent notamment lorsqu'un auteur souhaite protéger son œuvre par d'autres titres de propriété industrielle (A). Aussi, jusqu'à la ratification du traité, les pays anglosaxons avaient mis en place un registre préalable aux droits de propriété intellectuelle, registre qui n'ont pas disparu et peuvent avoir un impact lors d'un contentieux ayant un caractère transnational (B).

§1. L'harmonisation du régime de cumul des titres, une stratégie offensive et défensive

La notion de « copyright » apparaît dans les années 1950³²¹ et fait bénéficier aux auteurs d'œuvres de l'esprit un droit de copier et de reproduire. Il se distingue du droit civil français qui construit son droit d'auteur sur une logique personaliste : les auteurs ont des prérogatives exorbitantes et leurs droits moraux sont perpétuels, imprescriptibles et inaliénables, principes inscrits au sein de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle ; dans un objectif de protection complète des auteurs et de leurs œuvres comportant le « sceau de leur personnalité ». Le droit inspiré du *common law* s'appuie, lui aussi sur un monopole pour une durée limitée, mais a pour objectif « *d'encourager le développement des arts et des sciences* »³²², doctrine qui

³²¹ R. F Whale et J. P., *Whales on copyright*, ESC, Oxford, 1983, p. 16.

³²² Constitution américaine ART 1, sect. 9 ; « Mazer v. Stein », 347 US 219 (1954).

rejette l'idée d'un monopole trop fort qui irait à l'encontre de l'intérêt public³²³. Cependant, pointer incessamment leurs différences occulte parfois leurs ressemblances, un seul objet unit les droits d'auteur internationaux, et cet objet est la sanction des reproductions d'œuvres portant atteinte aux auteurs.

Souvent perçu comme un droit de nature « économiste », beaucoup oublie que les textes fondamentaux des pays anglo-saxons n'ont jamais mentionné la protection des éditeurs, ni des investisseurs, mais bien la protection des droits d'auteur³²⁴. Aussi, les droits anglo-saxons comportent des dispositions s'apparentant aux droits moraux, notamment la loi sur le droit des artistes d'art visuel de 1990 qui introduit l'article 106 relatif aux droits de paternité et d'intégrité des œuvres au sein du Copyright Act américain. La Grande-Bretagne, quant à elle, a introduit diverses dispositions relatives aux droits moraux, notamment au respect de la paternité du droit d'auteur, au sein du Copyright Act anglais de 1988. Par conséquent, le droit d'auteur civil et anglo-saxon n'est pas totalement opposé, et, d'après plusieurs auteurs, l'internationalisation des droits a eu tendance à réduire le fossé les séparant : les lois françaises de 1957³²⁵ et de 1985³²⁶ réduisent le droit moral des auteurs des œuvres numériques et audiovisuelles, et la doctrine anglaise observe une jurisprudence anglo-saxonne se rapprochant d'un droit d'auteur « à la française »³²⁷.

Quoi qu'il en soit, l'uniformisation des droits de propriété intellectuelle a ôté toute forme d'enregistrement de droit préalable à la protection du droit d'auteur. Cette absence de registre met à mal la sécurité du titre, que ce soit pour les auteurs, les éditeurs ou les investisseurs. Ainsi, de nombreuses entreprises optent pour le cumul des droits, encore faut-il qu'il soit possible. En effet, enregistrer une œuvre ou un objet industriel protégé par le droit d'auteur, dans un registre, permet à celui-ci de détenir une protection coûte-que-coûte. En droit français, les cumuls des

³²³ S. Posner, « Can a computer language be copyrighted ? », XI Computer L. J. 97 [1991] – D. Hogle, « Copyright for innovative biotechnological research ; an attractive alternative to patent or trade secret protection », 5 High Tech. L. J. 75 [1990].

³²⁴ V. notamment la « Statute of Anne » de 1710 ainsi que l'article 201 du Copyright Act américain de 1976 qui dispose du fait que « l'auteur ou les auteurs sont investis originellement du droit de reproduction dans les œuvres protégées au titre de cette section ».

³²⁵ Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

³²⁶ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

³²⁷ « C CNV v. Reid » 846 F 2d 1485, 6 USPQ 2d 1990 [DC Cir. 1988], traduction in RIDA 1990, n° 144, p. 148, note J. Kernochem.

droits ne sont pas interdits et font même parti d'une véritable stratégie économique et juridique par les entreprises³²⁸. D'ailleurs, nombreuses sont les entreprises qui, influencées par les pratiques américaines, enregistrent des droits d'auteur en guise de dessins et modèles, à titre de marque et même, de façon très limitée, par le brevet.

Tout d'abord, évacuons l'enregistrement des logiciels, objets protégés par le droit d'auteur, par le brevet : bien qu'interdit, d'abord par la jurisprudence puis par les textes législatifs, il est possible de breveter un logiciel s'il fait partie d'un ensemble brevetable³²⁹. Mais pour être protégé, il est nécessaire qu'il soit enregistré près d'un office, que ce soit au Canada³³⁰, aux Etats-Unis³³¹ ou en France. Le cumul de protection des droits d'auteur par le droit des dessins et modèle est quelque plus intéressant en l'espèce. La protection juridique des œuvres d'art a eu des difficultés à se forger un périmètre au sein du vaste monde de la propriété intellectuelle. En France, l'articulation entre droit d'auteur et droit des dessins et modèle est ancienne, la doctrine, au début du XXème siècle, estimait « *la meilleure loi à faire en matière de dessins et modèles de fabrique serait d'assimiler, purement et simplement, le dessin de fabrique au dessin artistique et de les confondre dans un même protection* »³³². Dès lors, la loi du 11 mars 1902³³³ permet le cumul des protections d'une œuvre par le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles, avant de lui conférer un régime spécifique par la loi du 14 juillet 1909³³⁴. Aujourd'hui, les articles L. 112-1 et L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que les juges du fond, acceptent le cumul si les conditions respectives de chacun des droits sont respectées³³⁵. Mais les pays limitrophes connaissaient une législation différente, notamment en interdisant le cumul avant la directive du 13 octobre 2018³³⁶ qui oblige le cumul des droits, qu'ils soient automatiques ou autonomes.

Protéger son œuvre par le droit des dessins et modèles, dès lors que le titre est valable,

³²⁸ S. Chatry, « La neutralisation des droit de propriété intellectuelle : l'exemple des médicaments, un exemple à suivre », prop. indus. n°3, mars 2013, étude 2.

³²⁹ Affaires T 1173/97, Computer program product/IBM du 1er juillet 1998 (JO OEB 1999, p. 609) et T935/97, Computer program product II/IBM du 4 février 1999.

³³⁰ *Loi sur les brevets*, art. 27 (1) et 42.

³³¹ Article 35 U.S.C. § 111 et suiv. (2012).

³³² E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, 5è ed., Paris, Marchal et Godde, 1911, p. 5.

³³³ Loi du 11 mars 1902, JORF 14 mars 1902.

³³⁴ Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, JORF 19 juillet 1909.

³³⁵ Cass. com., 29 mars 2017, pourvoi n°15-10885.

³³⁶ Article 17 de la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèle.

et malgré la durée plus courte de protection, peut-être une stratégie défensive intéressante et efficace. Au-delà des frontières, les pays empêchent rarement le cumul de protection. Les Etats-Unis notamment, reconnaissent le droit des dessins et modèles, nommé « design patent » et l'introduisent dans la loi sur les modèles industriels intitulée « Visual Artists Rights Act » de 1990. Cependant, il s'agit d'être prudent sur les sensibilités de la loi américaine, qui réserve uniquement le droit de fabriquer, d'utiliser et de vendre un produit portant atteinte au « design patent » déposé, mais le droit d'importation, d'exportation et de transbordement est limité. Le cumul du droit d'auteur par le droit des marques est judicieux, fréquemment utilisé, parfois facteur d'unité mais souvent fragile : les droits sont différents et n'ont pas les mêmes objectifs, la même durée, les mêmes conditions.

Là où le droit d'auteur protège l'empreinte de la personnalité de celui-ci, la marque a pour fonction essentielle de distinguer les produits et services d'une entreprise de ceux de son concurrent. Mais cela n'empêche pas un accroissement des enregistrements de titres de films, de personnages de livres, en guise de marque ; celui-ci s'insérant dans une véritable stratégie d'entreprise en utilisant notamment le dispositif du « star system » ou du « merchandising »³³⁷. La pratique du « star system » a été d'abord utilisée par les studios d'Hollywood³³⁸ et consiste à enregistrer un objet protégeable par le droit d'auteur par une marque éditoriale pour vendre des produits. La pratique du merchandising consiste à commercialiser divers produits protégés par le droit d'auteur. Des droits de propriété intellectuelle sont cédés ou sous-licenciés à un tiers afin qu'il soit autorisé à utiliser le droit sur des produits de consommation ordinaire ; droit qui peut porter sur le nom d'un film ou d'un livre par exemple. Le licencié renforce la valeur du titre tandis que le titulaire bénéficie d'un pourcentage des recettes effectuées, mais l'autorisation est quoi qu'il en soit obligatoire³³⁹. Rien n'interdit le cumul des droits d'auteur et des marques que ce soit en France, au Canada ou aux Etats-Unis si l'objet répond à chaque condition autonome bénéficiant de la protection.

³³⁷ Paris, 1^{er} ch., 24 juin 2009, RG n°07/22307, RLDI, 2009, N°51, 1674 ; S. THIERRY, « La protection des marques verbales par le droit d'auteur », *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum G. Bonet*, Paris, Litec, 2010, p. 87.

³³⁸ O. Bomsel, « Copyright et droit des marques à l'ère numérique », *prop. indus.* n°12, déc. 2010, étude 16.

³³⁹ T. Nanayakkara, « Rôle de la propriété intellectuelle dans le renforcement de la compétitivité de l'industrie du tourisme » [en ligne] concernant des tasses décorées d'un dessin et modèle maori reproduit avec l'autorisation d'utiliser l'image, les dessins étant protégés par la marque de perfection en Nouvelle-Zélande.

Toutefois, les approches sont philosophiquement différentes et laissent subsister des divergences au sein des Etats pourtant signataires de mêmes traités, en matière de brevets³⁴⁰, de dessins et modèles, de marques. Dans les pays de *common-law*, l'enregistrement de la marque n'est pas une condition nécessaire à sa protection. Au Canada, l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce* la définit comme étant une « *marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres* », article fortement similaire à la loi américaine³⁴¹. Ainsi, l'usage d'une marque permet sa protection sans enregistrement préalable, au même titre qu'une marque régulièrement déposée, contrairement au droit français³⁴². L'enregistrement est, comme en matière de droit d'auteur, un acte volontaire afin de sécuriser les titres de manière « officielle » devant un office.

Dès lors, le titulaire d'un droit doit être vigilant sur ce qu'il souhaite protégé, et, s'il envisage un cumul de protection, il doit s'assurer que l'ensemble des conditions s'appliquent à son droit de manière autonome, que ce soit en matière de dessins et modèles³⁴³. Cependant, il est nécessaire de rester vigilant sur les « sensibilités » de chaque pays sur telle ou telle conditions, et, à l'évidence, de garder en compte la différence des droits en matière de durée : une œuvre peut être protégée dans un pays alors qu'elle ne l'est plus dans l'autre. Ainsi, le chevauchement des droits comme stratégie de cumul de protection est tout à fait possible en Europe comme aux Etats-Unis³⁴⁴, même conseillé, les textes internationaux permettant d'ailleurs une priorité unioniste pour l'enregistrement des titres industriels, sans omettre l'harmonisation constante des conditions – notamment au sein de l'Union européenne.

³⁴⁰ Notons que le paragraphe 101 de la Loi américaine sur les brevets dispose du fait que « *whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title* » (35 USC §101). Contrairement au droit français, les méthodes commerciales sont brevetables, par exemple.

³⁴¹ Article 15 U.S.C. § 1051 et § 1127 (2012) – V. également Cour suprême des Etats-Unis, *Kirkby AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 30.

³⁴² Les titulaires d'une marque d'usage non déposée peuvent bénéficier du régime de protection de droit commun.

³⁴³ CJUE, 12 septembre 2019, aff. C-683/17, *Cofemel* : JurisData n°2019-016829.

³⁴⁴ A. Beckerman-Rodau, « The problem with Intellectual Property Rights : Subject Matter Expansion » (2010), 13 *Yale J.L. & Tech.* 35, 73 et suiv.

§2. L'usage conforme des signes, une précaution liminaire à l'indemnisation

La Convention de Berne obligeant les pays signataires à faire bénéficier aux auteurs d'œuvres originales une protection sans mesure de publicité préalable fut ratifiée par la quasi-totalité des pays du Monde. Un grand nombre de principes furent intégrés, tant dans le droit national que dans le droit de l'Union européenne, qui permet un accès à la justice à tout auteur d'une œuvre, outrepassant les procédures tatillonnes de certains pays tels que l'Espagne ou le Portugal, minimisant le coût des procédures d'Etats tels que la Grande-Bretagne³⁴⁵, ou apportant tout simplement un droit aux pays en voie de développement, qui avaient un droit de propriété intellectuelle inexistant, lointain, désorganisé³⁴⁶. Ainsi, l'harmonisation par les traités internationaux renforcent la protection nécessaire des auteurs, qui plus est dans un système mondialisé. Mais les sensibilités doctrinales viscérales, profondes, ancrées dans les consciences, marquées dans les écrits, entre le *common-law* et le droit civil se manifestent en pratique. En effet, l'enregistrement des œuvres demeure une condition préalable à des actions en justice ou à l'obtention de dommages et intérêts (*statutory damages*) ainsi qu'au remboursement des frais d'avocat³⁴⁷, dans plusieurs pays, même signataires des conventions internationales. Ici, le cœur des divergences repose sur la notion de « bonne foi ».

Dans la plupart des pays du Monde, le droit d'auteur est le seul droit qui s'acquiert dès la création de l'œuvre, sans procédure de signalisation préalable. L'absence de registre préalable fait défaut à la bonne information des tiers, qui ignorent ce qui fait l'objet d'une protection. C'est pour cela que les pays de *common law* ont longtemps imposé des mesures de publicité préalables à la naissance du droit et l'action en contrefaçon peut, encore aujourd'hui, être soumis à l'enregistrement du droit³⁴⁸. De nos jours, bien qu'interdit en guise de préalable nécessaire à une protection par le droit d'auteur, des pays comme les Etats-Unis et le Canada

³⁴⁵ P. Kamina, « Un an de droit anglo-américain du copyright », CCE mai 2009, n°5, p. 19, §5.

³⁴⁶ A. R. Bertrand, Droit d'auteur, *Dalloz Action*, 3^e éd., déc. 2010, 101.48, p. 36.

³⁴⁷ Tel est le cas aux Etats-Unis, où le titulaire d'une œuvre ne peut bénéficier de dommages et intérêts et du remboursement des frais d'avocat uniquement si l'œuvre fut enregistrée près de l'office compétent avant la contrefaçon ou dans les trois mois suivants la publication de celle-ci, en vertu de l'article 17 U.S Code, §412.

³⁴⁸ Sur l'histoire du droit d'auteur au Canada, particulièrement les lois édictées avant la loi actuelle, voir N. Tamaro, *Le droit d'auteur. Fondements et principes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994. – Pour une analyse historique des formalités américaines entourant les œuvres : Jane C. Ginsburg, « The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities : A Love/Hate Relationship », (2009-2010) 33 *Colum. J.L. & Arts* 311 ; O. Bracha, « The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities : The Life of a Legal Transplant », (2010) 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1427 ; J. Gibson, « Once and Future Copyright », (2005) 81 *Notre Dame L. Rev.* 167 ; C. Sprigman, « Reform(aliz)ing Copyright », (2004) 57 *Stan. L. Rev.* 485.

conserver des registres volontaires pour les droits d'auteur. Pourtant, la protection est belle est bien automatique, aux Etats-Unis³⁴⁹, au Mexique comme au Canada³⁵⁰, l'enregistrement près de l'office compétent³⁵¹ n'est que facultatif³⁵² ; et ne confère alors aucune information exhaustive lors de la recherche des tiers dans ce qui est protégé ou non. Le principe de la Convention de Berne ne se trouve, à ce stade, pas atteint, mais fragilisé par les conséquences qui découlent de cet enregistrement facultatif.

De la même façon que le soulignent les professeurs Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIERE, « *la critique est troublante et il est vrai qu'on peut trouver choquant de condamner quelqu'un à verser des dommages-intérêts tout en ne le jugeant pas fautif* »³⁵³, il est important d'analyser les particularités des pays de *common law*. Lors d'une action en contrefaçon, le registre des droits d'une marque ou d'un droit d'auteur sont indispensables au versement des dommages et intérêts, en vertu du principe de l'irresponsabilité d'un « *innocent infringer* », d'un tiers contrefacteur innocent, simplement mal informé. Ce principe se veut conserver l'effet *erga omnes* des titres : si le titulaire n'a pas mentionné ses produits par un signe, la protection sera caduque, voire impossible. Ce droit est certes moins procédurier, l'usage des signes étant un préalable nécessaire à l'information des tiers en matière de droit d'auteur, ou en droit des brevets³⁵⁴. Au Canada, l'article 39 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que « *dans le cas de procédures engagées pour violation du droit d'auteur, le demandeur ne peut obtenir qu'une injonction à l'égard de cette violation si le défendeur prouve que, au moment de la commettre, il ne savait pas et n'avait aucun motif raisonnable de soupçonner que l'œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur était protégé par la présente loi* ». Dès lors, le tiers doit prouver qu'il ne pouvait connaître d'une quelconque protection à l'égard de l'objet litigieux, ce qui est impossible si le titre est enregistré, en vertu de l'article 39 (2) de cette même loi ; ou lorsque le support physique est marqué par un symbole³⁵⁵. Par conséquent, le titulaire lésé ne se verra pas octroyer de dommages et intérêts, ni le remboursement de ses

³⁴⁹ L'article 17 U.S.C. § 705 régit l'enregistrement. L'article 17 U.S.C. § 102 (a) précise son caractère facultatif.

³⁵⁰ Loi sur le droit d'auteur, art. 5 et suiv.

³⁵¹ L'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) fournit un accès au registre des droits publiés sur Internet : OPIC [en ligne]. Disponible sur : opic.ic.gc.ca (consulté le 28 avril 2020).

³⁵² Loi sur le droit d'auteur, art. 5 et suiv.

³⁵³ M. Vivant et J. -M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz, 2009, notamment n° 1074.

³⁵⁴ *Nike, Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 138 F.3d 1437 (Fed. Cir. 1998).

³⁵⁵ D. Vaver, préc., note 1, p. 638 et 639, citant l'affaire *Fletcher c. Polka Dot Fabrics Ltd.*, (1993) 51 C.P.R. (3d) 241, 250 (Ont. Sm. Cl. Ct.).

frais d'avocats³⁵⁶. Même si le terme de « bonne foi » n'est pas employé *stricto-sensu*, la substantialité de ce terme se rapproche des enjeux des différences entre les deux droits, droit civil et *common law*.

En France, malgré les failles des registres, malgré l'absence de marquage, la défense qui repose sur la notion de « bonne foi » est totalement indifférente³⁵⁷ en matière civile à l'exception de l'article L. 615-1 du Code de la propriété intellectuelle³⁵⁸. En matière de contrefaçon de brevet, les fabricants, utilisateurs et importateurs des produits sont considérés comme contrefacteurs directs, qu'ils soient ou non de bonne foi. Cependant, les autres acteurs du circuit de la contrefaçon, les acteurs « indirects », peuvent voir leur responsabilité engagée si les titulaires prouvent qu'ils commercialisaient, exploitaient ou détenaient des produits en connaissance de cause. Le législateur n'a donc pas perçu en la publicité d'un titre une signalisation suffisante, il s'agit alors, en l'espèce, de questionner l'utilité du marquage, qui n'exige que peu d'effort pour une personne physique « normalement avisée » pour reconnaître un produit contrefait. Une réflexion analogue peut être appliquée en matière de droit des marques³⁵⁹. La bonne foi est aussi exigée en matière pénale. Par conséquent, le marquage est fréquemment utilisé pour des produits nouveaux, quotidiens ou révolutionnaires, par des entreprises américaines, européennes, chinoises. Il est utilisé tant sur des droits d'auteur que sur des produits marqués, brevetés ou protégés au titre du droit des dessins et modèles. Parfois conseillé, rarement obligatoire, souvent facultatif, l'absence d'un régime précis et uniforme interpelle sur la sécurité juridique des tiers, les conséquences juridiques étant parfois considérables.

En revanche, si les conditions de fond et de forme restent à déterminer, tous les pays sont unanimes sur la sanction d'un marquage frauduleux, trompeur et déceptif. Dans les pays nord-américains, le marquage n'est pas une condition *sine qua none* à l'obtention de dommages et intérêts en tant que tel – son enregistrement étant tout de même conseillé, mais la loi interdit toute personne de vendre un produit marqué alors qu'il n'est pas conformément et légalement

³⁵⁶ C'est aussi le cas au Mexique, où, en l'absence d'apposition de la mention « *Marca Registrada* » : titulaire n'a pas d'action en contrefaçon, selon l'article du Cabinet Chillot, « Les symboles ® et ™ », octobre 2014 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.chailot.fr/thesaurus/article/les-symboles-R-et-tm.html>.

³⁵⁷ F. Pollaud-Dulian, Propriété intellectuelle. La propriété industrielle, Paris, Economica, 2011, n° 1665.

³⁵⁸ Et de l'article L. 713-6 a) du CPI qui permet à un homonyme d'utiliser son patronyme comme signe distinctif (dénomination sociale, nom commercial ou enseigne) à condition d'être de bonne foi.

³⁵⁹ V. note supra.

enregistré³⁶⁰, que ce soit en matière de brevet, de marque ou de dessins et modèles. Aux Etats-Unis, des sociétés américaines furent condamnées pour fraude, l'apposition sigle « ® » sur une marque non enregistrée est qualifié de « *tentative de tromper ou fourvoyer les consommateurs ou d'autres acteurs économiques en leurs faisant croire que la marque est enregistrée* »³⁶¹. En France, aucune loi spécifique n'interdit strictement le marquage des produits qui ne sont pas conformément enregistrés, mais le droit civil ou le droit de la consommation, en fonction de la qualité des parties au litige, pourrait être invoquée ; et même sur le plan pénal, le professionnel induit en erreur ses partenaires ou ses consommateurs. Au sein de l'Union européenne, un tel cas d'espèce serait sanctionné sur les mêmes fondements, les règles en matière commerciales étant fortement régies par le droit de l'Union.

La Chine, berceau de toutes les marchandises du Monde, connaît, quant à elle, une législation rigoureuse en matière de marquage de brevet violant les règles du droit de la propriété intellectuelle. Un régime spécifique introduit à la règle 84 du règlement d'exécution de la loi chinoise sur le brevet interdit la commercialisation trompeuse (*patent passing-off*³⁶²), notamment « *indiquer le marquage de brevet sur le produit ou l'emballage d'un produit non breveté ; après que le brevet a été invalidé ou a expiré, continuer à indiquer le marquage de brevet sur le produit ; indiquer un autre numéro de brevet sur le produit sans autorisation du titulaire de brevet* », ou encore, s'exposer à la vente des produits présentés comme brevetés alors qu'ils ne le sont pas. Les auteurs poursuivis risquent la confiscation des gains illégaux ainsi qu'une amende d'au maximum quatre fois les gains illégaux peuvent être infligée³⁶³, et d'une amende de 200,000 RMB si aucun gain illégal n'a été effectué³⁶⁴. Un raisonnement analogue peut être effectué au titre du marquage « Made in CEE³⁶⁵ », « Made in Europe » ou « Made in U.E », qui peuvent être apposés à condition qu'elles ne trompent pas le consommateur sur l'origine du pays³⁶⁶. Ce régime spécifique peut influencer³⁶⁶ la mise en place

³⁶⁰ Pour le Canada : article 75 (c) de la Loi sur les brevets, article 75 (c). Pour les Etats-Unis : article 35 U.S.C. § 287 (2012).

³⁶¹ North Atlantic Operating Co., Inc. et al v. DRL Enterprises, Inc. Opposition No. 91158276, Sept. 21, 2010.

³⁶² En langue chinoise : « 假冒专利 ».

³⁶³ Cette peine démontre une volonté générale d'éviter les contrefaçons qui bénéficient aux contrefacteurs, tirant des avantages quoi qu'il en soit si les gains effectués lors de la commission de l'acte criminel sont plus faibles que les dommages et intérêts qu'il risque – V. JORF n°252 du 30 octobre 2007 page 17775, texte n° 2.

³⁶⁴ « Le marquage de brevet sur les produits », Chine PI, Le blog sur la propriété intellectuelle en Chine, mis en ligne le 17 septembre 2018 [en ligne]. Disponible sur : <https://chinepi.com/le-marquage-de-brevet-sur-les-produits/> (consulté le 02/04/2019).

³⁶⁵ Communauté Economique Européenne.

³⁶⁶ P. Laval, Normes, marques & marquage CE : libre-circulation des produits en Europe, Petites affiches, N°18, page 15, février 1998.

d'un régime général propre au marquage, déterminant ses conditions d'application, qui interroge : qu'en est-il des produits marqués alors que le droit n'existe plus ? Les droits de propriété intellectuelle sont tous limités par le temps, nécessitent un renouvellement ou le paiement d'annuités. Le manque de législation et la disparité des approches juridiques internationales laissent une zone d'ombre qui n'attend plus qu'à être éclaircie...

CONCLUSION : CHAPITRE 2

La propriété intellectuelle s'est construite au fil des évolutions, du temps et des réformes : chaque droit autonome confère à son titulaire un titre de propriété sur un objet identifié en amont par un registre, ou sur un objet qui n'est pas préalablement identifié et dont la seule protection repose sur son originalité et l'ancienneté de la création. Les cumuls de protection de ces droits éparpillés ne facilitent pas l'appréhension de leur protection. Quoi qu'il en soit, plusieurs facteurs viennent troubler les espérances d'un droit accompli. Pour faire face aux actions parfois inattendues des tiers qui s'estiment lésés, la preuve de l'antériorité est le « nerf » de toute action judiciaire : celui qui possède une publication antérieure sur le registre, celui qui prouve l'antériorité de la création, détient les clés d'une protection, parfois complète³⁶⁷, parfois restreinte³⁶⁸. La preuve d'une création, d'une invention, par son ancrage dans la *blockchain* présente alors tous ses avantages en matière de sécurisation des droits. Présentée comme une solution miracle, la difficulté technique qu'elle présente a contrarié son application, mais l'intérêt suscité auprès des instances internationales témoignent d'un point de départ crucial en la matière.

Toutefois, bien que présentant des avantages internationaux en la matière, en droit d'auteur particulièrement, la preuve de la titularité d'un droit par l'ancrage sur la *blockchain* ne suffirait pas à combler l'effet *erga omnes* des titres de propriété intellectuelle, et les pays de *common law* illustrent leurs doutes par le maintien d'un registre et la mention de signes permettant une signalisation rapide des droits. Certes volontaire, l'absence de ceux-ci joue en défaveur du demandeur à une action en contrefaçon, qui se trouverait face à la bonne foi du contrefacteur³⁶⁹. Cependant, là encore, le marquage présente un intérêt certain lors, par exemple, de l'extension d'un droit protégé, mais cet intérêt est malmené par un encadrement éclaté des pays, pourtant signataires des mêmes traités souhaitant un droit unificateur. Contrairement aux mesures de publicité obligatoire d'un titre de propriété industrielle, bien qu'insuffisant, le dépôt d'un droit d'auteur est « interdit » en principe, quoi que fortement conseillé en pratique. Ces facteurs, points de tensions majeurs alourdissant les procès, méritent une réflexion conséquente.

³⁶⁷ C'est le cas d'un auteur qui démontre qu'un contrefacteur aurait publié une œuvre sous son nom avant lui détiendrait les droits d'auteur sur cette œuvre.

³⁶⁸ C'est le cas d'un inventeur qui prouverait un droit de possession personnelle antérieure.

³⁶⁹ La mention des signes pourrait aussi constituer une preuve de la mauvaise foi des contrefacteurs indirects.

CONCLUSION : PARTIE 2

Lors d'un procès, la propriété d'un titre valide, officiellement déposé, ou d'un titre non déposé, octroie des prérogatives particulières, spéciales, qui interdisent les tiers de reproduire l'œuvre protégée. Ainsi, un véritable dialogue indirect s'instaure, dialogue administratif ou judiciaire. Le registre permet d'octroyer un droit au premier déposant mais cela n'est pas toujours le cas, notamment lorsque le premier déposant ne respecte pas des antériorités en droit des marques, ou lorsqu'un inventeur possède un droit qu'il avait conservé. En l'absence de registre, d'autres modes de preuve peuvent être établis, auxquels la *blockchain* vient s'ajouter comme une « solution miracle ». Toutefois, établir l'antériorité sur une œuvre n'est pas suffisant, ni pour prouver sa titularité devant un juge d'un Etat membre de l'Union européenne, ni devant les juges d'autres Etats, influencés par le *common law*.

Pour rappel, les droits de propriété intellectuelle sont opposables à tous, les tiers sont alors présumés être informés des droits, et ainsi avoir effectué les recherches d'antériorité. Ainsi, un registre facultatif, la mention de signes préalables, sont perçus par les Etats influencés par le *common law* comme des conditions préalables *sine qua none* afin d'établir que le tiers n'était pas de mauvaise foi. Malmenant le principe fondamental de la Convention de Berne, n'est-ce pas une position juridiquement cohérente à l'équilibre des droits ? Nonobstant, *blockchain* et marquage sont mal appréhendés par le droit et sont, par conséquent, soumis au droit commun, dépendants de la subjectivité de l'appréciation des juges. Pourtant, la faiblesse des moyens de publicité, l'insécurité de l'absence de telles mesures, représentant des lacunes considérables ; les titres étant incertains, imprévisibles, tant au niveau national qu'international, laissant les protagonistes inquiets.

CONCLUSION

Qu'elles soient créatives, inventives, artistiques, les réalisations intellectuelles protégées sont multiples, répondent à une panoplie de conditions différentes, sont soumises à un régime procédural administratif différent ; et leur complexité s'insère dans le millefeuille juridique tant critiqué que réformé³⁷⁰. L'harmonisation des droits, tant européenne qu'internationale, instaure des lignes directrices, le droit de la propriété intellectuelle étant encore fortement marqué par le principe de territorialité. Cependant, tous ces droits tendent à s'uniformiser, et sont entrelacés en deux branches inséparables du tronc commun qui les lient, faisant des droits un « *pluriel bien singulier* »³⁷¹, notamment au sein de certaines règles communes, certains modes d'acquisition, ou l'action en contrefaçon. Malgré les grands principes internationaux, certaines procédures influencées par les sensibilités nationales persistent, vidant certaines règles de leur substance . Sans tomber dans la critique simpliste de tel ou tel régime, il est pertinent d'interroger les spécificités juridiques de chacun, notamment du marquage, afin que le tiers n'établisse pas sa *méconnaissance* du droit devant une justice étrangère qui a ses propres sensibilités dans un premier temps et, dans un second temps, afin que tout tiers prenne connaissance de la protection d'un objet par un signe marqué sur les produits commercialisés. La prise en compte juridique du marquage, tant dans son application que dans sa mauvaise application présente un intérêt préventif international capital en matière de signalisation des droits ; dès lors, bien qu'à l'évidence, ils ne suffisent pas à établir une information complète similaire aux registres, leur intérêt est digne d'être reconnu, ou doit tout du moins interpeller, afin d'encourager les titulaires à utiliser ces symboles.

Par ailleurs, il ne peut être établi autrement qu'en matière de droits intellectuels, « *même les plus acharnés ne peuvent prétendre détenir la clé d'une vérification diligente parfaite* »³⁷², mais les lacunes du droit de la propriété intellectuelle peuvent être améliorées en tenant compte d'outils d'ores-et-déjà mis à disposition, tels que la *blockchain*. Le droit positif actuel permet

³⁷⁰ Le droit de la propriété intellectuelle est parfois critiqué comme détenant un *spaghetti bowl effect*. Cette expression a été consacrée par J. Bhagwati pour dénoncer la complexité engendrée par, notamment, la multiplication des accords internationaux. En droit de la propriété intellectuelle, tel est le cas de la multiplication des directives et règlements européens, en plus de la multiplication des objets protégés et des offices compétents.

³⁷¹ J. Raynard, « Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier », Mélanges offerts à J-J. Burst, Paris, Litec, 1997, p. 527 et suiv.

³⁷² S. Verville, « La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire », *préc. cit.*, p. 729.

d'appréhender les questions probatoires résolues grâce à la date de l'ancrage dans les chaînes de bloc mais un cadre légal spécifique serait satisfaisant, déterminant sa valeur légale nationale et internationale, édifiant les limites des compétences des huissiers. La *blockchain* occupe le devant de la scène mais n'est pas révolutionnaire, elle est un nouveau mode de preuve ou un nouveau registre. Il est nécessaire d'étudier ses intérêts, son utilité, ses bienfaits comme ses limites et ses dangers³⁷³. La *blockchain* comme outil probatoire, la *blockchain* comme nouveau registre officiel « ne se fera pas en un jour », mais se fera, à condition de définir la part de fantasme et la part de progrès. Cependant, les propositions de réforme sont trop imprécises, pas assez spécifiques. Quoi qu'il en soit, même si le rôle des offices peut se trouver affecté, la *blockchain* ne sera qu'un dispositif « secondaire », un nouveau moyen d'administration mis à la disposition des agents administratifs³⁷⁴.

Prendre en compte ces deux outils permettrait d'atténuer la lourdeur des litiges. Aussi, harmoniser les sensibilités juridiques des différents Etats aurait pour objectif de sécuriser les relations entre les parties, qui se doivent d'être bienveillantes, même si concurrentes. Elle répondrait à l'exigence d'un droit de propriété intellectuel comme catalyseur économique, et, *in fine*, comme essence du bien-être économique et social. Mais la *blockchain* n'est pas encore totalement intégrée³⁷⁵, et le marquage, lui, ne semble pas être la priorité. Pourtant, les titulaires doivent dès lors s'adapter à chaque législation nationale pour sécuriser leur droit. Cette vérification permanente laisse penser que la propriété intellectuelle « *n'a pas encore atteint la maturité nécessaire, ni trouvé une stabilité juridique qui lui permettrait d'assurer son autorité et sa pérennité* »³⁷⁶.

³⁷³ N. Banc, B. Haftel et M. Mekki, « Entre mystères et fantasmes : quel avenir pour les *blockchains* ? », *JCP N* 2019, n°5, acte 207.

³⁷⁴ L'introduction d'un registre en matière de titres financiers ne peut être appréhendé de la même manière en droit de la propriété intellectuelle, qui exige une preuve quasi-similaire à un acte authentique. Une amorce de la *blockchain* en tant que registre « officiel » a été appréhendé en matière de droit commercial. L'amendement n° CF2 déposé par Laure de la Raudière, députée d'Eure-et-Loire le 13 mai 2016 au Parlement proposait de reconnaître la *blockchain* comme un acte authentique dans les opérations de règlement-livraison. L'amendement consistait à ce que « *les opérations effectuées au sein d'un système organisé selon un registre décentralisé permanent et infalsifiable de chaîne de blocs de transactions constituent des actes authentiques* » mais n'a pas été retenu. – V. C. Alix, « La *blockchain*, une révolution qui s'invite au Parlement », *Libération*, 9 juin 2016 [en ligne]. Disponible sur : https://www.liberation.fr/futurs/2016/06/09/la-blockchain-une-revolution-qui-s-invite-au-parlement_1458281.

³⁷⁵ Consultation publique sur le projet de réformes législative et réglementaire relatif à la *blockchain*, 24 mars 2017 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/434688>: les réformes sur les titres financiers permettent la mise en place « dispositif d'enregistrement électronique partagé » (DEEP), qui est un terme neutre.

³⁷⁶S. Chatry, A. Robin, « Introduction à la propriété intellectuelle », *préc. cit.*

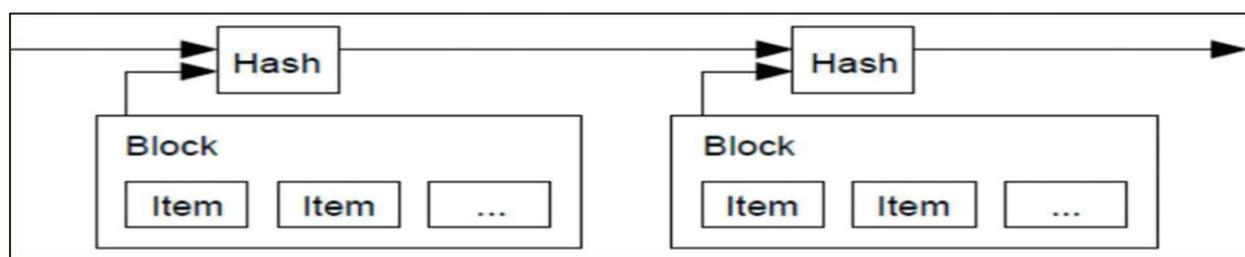
ANNEXES

Annexe n° 1 – Obligation de registre et marquage des objets protégés³⁷⁷

	Droit d’auteur	Droit des marques	Droit des dessins et modèles	Droit des brevets
CANADA	Volontaire	Volontaire	Obligatoire	Obligatoire <i>Loi sur les brevets, art. 27</i>
ETATS-UNIS	Volontaire	Volontaire	Obligatoire	Obligatoire Art. 35 USC §111 et suiv. (2012)
FRANCE	Inexistant	Obligatoire	Obligatoire	Obligatoire Art. L. 611-1 du CPI

	Marquage	Explication
Droit d’auteur	© + année + nom auteur	Copyright
Droit des marques	MC (marque de commerce), TM (Trademark), MD (marque déposée), (R) : Registered	
Droit des dessins et modèles	(D) + nom propriétaire	Canada : dessin/design patent
Droit des brevets	Brevet + n°, <i>patent</i> + n°, demande déposée, patent applied for/patent pending	Brevet délivré Brevet déposé en attente de l'octroi d'un titre

Annexe n° 2 – Schéma du « hachage » d’un document par la blockchain³⁷⁸



³⁷⁷ S. Verville, « La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire », *Les cahiers de droit*, vol 54, n°4, 2013, p. 705.

³⁷⁸ J. Brosse et M. Quiniou, « Protection des droits de la propriété intellectuelle avec la *blockchain* : où en sommes-nous ? », *prop. indus.* n° 2, 2 février 2020, entretien 1.

Comment ça marche

WIPO PROOF génère des tokens (jetons) d'horodatage au moyen d'une infrastructure à clé publique et est compatible avec le protocole RFC 3161.

Accès

- 1 Connectez-vous à l'application Web WIPO PROOF via l'URL wipoproof.wipo.int à l'aide de n'importe quel navigateur moderne.

Demander un WIPO PROOF token (jeton)

- 2 Choisissez un ou plusieurs fichiers électroniques, quel que soit leur format.
NB: Un compte OMPI est nécessaire pour traiter toute demande d'achat de jetons WIPO PROOF.

- 3 Le navigateur local crée une empreinte numérique unique (hachage) du fichier au moyen d'un algorithme de hachage unidirectionnel SHA-2 (256 bits).
NB: À aucun moment le fichier électronique original n'est transmis à WIPO PROOF. Le client conserve intégralement la possession du fichier. Seul le condensat du fichier qui est calculé dans le navigateur du client est transmis à WIPO PROOF.

Création d'un jeton WIPO PROOF

- 4 Le système informatique WIPO PROOF, dont l'intégrité a été vérifiée et qui est pleinement compatible avec les normes du secteur, procède à l'horodatage du ou des fichiers. La source temporelle matérielle utilisée pour horodater le condensat est synchronisée avec le temps universel coordonné (UTC).
- 5 Le condensat est signé au moyen de la clé privée stockée dans une boîte noire transactionnelle (BNT) verrouillée et certifiée conforme à la norme FIPS-140, qui crée une signature électronique. Une clé publique est ajoutée à la signature électronique afin de garantir l'authenticité.
- 6 Téléchargez le jeton WIPO PROOF ainsi créé, qui constitue une preuve infalsifiable de l'existence du ou des fichiers électroniques au moment de la création du jeton.

³⁷⁹ Communiqué de presse de l'OMPI, « WIPO PROOF : nouveau service fournissant la preuve de l'existence d'un actif intellectuel », Genève, 27 mai 2020, PR/2020/855 [en ligne]. Disponible sur : https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2020/article_0012.html.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES

BERNAULT C., CLAVIER J-P., Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle. 2e édition. Dictionnaires de droit. Paris : Ellipses, 2015.

NU G., CORNU M., GHOZI A. GORÉ M., LEQUETTE Y., LEROYER A-M., MALINVAUD P., Vocabulaire juridique. 11e édition mise à jour. Quadrige. Paris : Presses universitaires de France, 2016.

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

BASIRE Y., L'essentiel du droit de la propriété intellectuelle, édition Gualino, Les carrés, 2017.

BERTRAND A. R., Droit d'auteur, *Dalloz Action*, 3^{ème} édition, décembre 2010, ISBN : 978-2-247-06987-3, 978 pages.

CARON C., Droit d'auteur et droits voisins, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2017.

CHATRY S. et ROBIN A., Introduction à la propriété intellectuelle, *Université et diversité*, Bruylant, Collection : Paradigme, Edition 2020, ISBN : 978-2-8027-6419-9.

CLAVIER J-P., MENDOZA-CAMINADE A., Droit du commerce électronique : sites web, blockchains, publicité digitale, contrats électroniques et données personnelles, Bruylant, Collection : Paradigme, 2019, ISBN : 978-2-39013-214-1, 354 pages.

LELOUP L., *Blockchain*, la révolution de la confiance, Eyrolles, 2017.

LUCAS A., et LUCAS H. -J., Traité de la propriété littéraire et artistique, 3^{ème} édition, Paris, Litec. 2006, n° 979.

RODRIGUEZ P., La révolution *blockchain*, Dunod, 2017.

SIIRIAINEN F., Stratégies internationales et propriété intellectuelle, *Journal du droit*

international, n°3, Collection : Droit, Management et Stratégies, octobre 2019, 493 pages.

ARTICLES

BARRAUD B., « Les *blockchains* et le droit », Revue Lamy Droit de l'Immatériel., 2018, n° 147.

BARBET-MASSIN A. et DAHAN V., « Les apports de la *blockchain* en matière de droit d'auteur », Bulletin Rapide de Droit des Affaires.

BARSAN I-M., « *Blockchain* et propriété intellectuelle », communication comm. élect., n°4, avril 2020, étude 7

BICTIN N., « Quelle place pour la *blockchain* en droit français de la propriété intellectuelle ? », Propriétés Intellectuelles., octobre 2017, n° 65.

BOMSEL O., « Copyright et droits des marques à l'ère numérique », propr. industr. n°12, déc. 2010, étude 16.

BROSSE J. et QUINIOU M., « Protection des droits de la propriété intellectuelle avec la *blockchain* : où en sommes-nous ? », propr. industr. n° 2, 2 février 2020, entretien 1.

CARRE S., « Chaîne de blocs et propriété littéraire et artistique », L'essentiel du Droit de la Propriété Intellectuelle, mai 2018, n° 05, p. 3.

CHARENTENAY S., « *Blockchain* et Droit : Code is deeply Law », L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 4 novembre 2017, n° 39, p. 15.

COHEN-HADRIA Y., « *Blockchain* : révolution ou évolution ? », IP/IT., 2016, p. 537.

Dalloz IP/IT 2018, Dossier : enjeux et défis de la *blockchain* en propriété intellectuelle, p. 530 et s.

DELAHAYE J. -P., « Les *blockchains*, clefs d'un nouveau monde », Logique et Calculs, Pour la science, n°449, Mars 2015, p.80.

FAUCHOUX V. « La technologie *Blockchain* comme mode de preuve », Revue Lamy Droit de l'Immatériel., 2017, n° 147.

FAVREAU A., « L'avenir de la propriété intellectuelle sur la *blockchain* », Propriétés Intellectuelles, avril 2018, n° 67.

JEAN JARRY C., ROUPHAEL R., « Introduction (non-technique) à la *blockchain* », Conseils & entreprises, La Revue de l'ACE., septembre 2016, n° 137.

MARRAUD DES GROTTES G., « La *blockchain* : un secteur encore en phase d'exploration, mais très prometteur », Revue Lamy Droit Civil, 2017, n° 150.

WEBOGRAPHIE ET SITES INTERNET

Association JUSPI, L'avenir de la propriété intellectuelle, Paris, 3 octobre 2017, Revues propriétés intellectuelles, mars/avril 2018.

AYERBE C., LAZARIC N., CALLOIS M. et MITKOVA L., « Nouveaux enjeux d'organisation de la PI dans les industries complexes », *Revue d'économie industrielle*, 137/ 1er trimestre 2012, mis en ligne le 15 janvier 2014. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/rei/5277>.

Blockchain France, « La *Blockchain* décryptée. Les clefs d'une révolution », mai 2016 [en ligne]. Disponible sur <https://blockchainfrance.files.wordpress.com/2018/06/la-blockchain-decc81cryptecc81e-les-clefsdune-recc81volution.pdf>.

BONNEAU J., « On a essayé d'expliquer la *blockchain*, l'inexplicable plus grande révolution depuis Internet », 8 juillet 2016 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.20minutes.fr/magazine/economie-collaborative/perspectives/on-a-essaye-dexpliquerla-blockchain-linexplicable-plus-grande-revolution-depuis-internet-225134/>.

CLARK B., « *Blockchain* et droit de propriété intellectuelle : une combinaison idéale au pays de la cryptographie ? », OMPI Magazine, février 2018 [en ligne]. Disponible sur : https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2018/01/article_0005.html.

CHINE PI, CHINE PI, « Le marquage de brevet sur les produits », Le blog sur la propriété intellectuelle en Chine, mis en ligne le 17 septembre 2018. Disponible sur : <https://chinepi.com/le-marquage-de-brevet-sur-les-produits/>.

LAURENT C., « 7 questions pour (enfin) comprendre la technologie *blockchain* », 24 janvier 2018 [en ligne]. Disponible sur : <https://www.7x7.press/7-questions-pour-enfin-comprendre-la-technologie-blockchain>.

NAKAMOTO S., « Bitcoin : A Peer-to-peer Electronic Cash System », 2008 [en ligne]. Disponible sur : <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

POLRO S., « Les Oracles, lien entre la *blockchain* et le monde », 13 septembre 2016.

<https://www.ethereum-france.com/les-oracles-lien-entre-la-blockchain-et-le-monde/>.

PONS C., « La *blockchain* révolutionne la propriété intellectuelle », 16 janvier 2018.
<https://www.chaintech.fr/blog/blockchain-propriete-intellectuelle/>.

SANOUE T-M., « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle », *Boeck supérieur; Revue international de droit économique*, 2009/2 t. XXIII, 2 / p. 175 à 218 [en ligne]. Disponible sur <https://www.cair.info/reve-interationale-de-droit-economique-2009-2-page-175.html>.

VERVILLE S., « La publicité et la signalisation des droits de propriété intellectuelle : un encadrement à parfaire », *Les cahiers de droit*, vol 54, n°4, 2013, p. 689/729.

TABLE DES MATIERES

RERMERCIEMENTS.....	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	13
PARTIE 1 – Un formalisme de rigueur dès l’approbation des droits intellectuels.....	25
CHAPTRE 1 – La portée de l’enregistrement des droits de propriété intellectuelle.....	26
SECTION 1 – L’enregistrement, un préalable non systématique à l’attribution des droits	27
§1. L’absence de dépôt lors de l’acquisition de certains droits de propriété intellectuelle.	27
A. L’approche évolutive de l’interdiction du dépôt en matière de droits d’auteur	27
B. L’acquisition d’un titre de propriété industrielle sans dépôt préalable	29
§2. Le dépôt : acte fondateur de droits de propriété intellectuelle	32
A. La propriété industrielle, le respect des conditions de forme.....	32
B. La multiplication des offices, « gardiens » des droits déposés.....	35
I. Organismes nationaux et européens	35
II. Institutions internationales.....	37
SECTION 2 – L’enregistrement, source d’information en faveur des tiers	38
§1. Un acte bénéfice au respect de différents droits.....	39
§2. Les faiblesses de l’acte d’enregistrement.....	41
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	45
CHAPTRE 2 – Sécuriser les titres, renforcer leur signalisation <i>a priori</i>.....	46
SECTION 1 – Le marquage, un intérêt préventif, un régime juridique inexistant	47
§1. Un avertissement immédiat des droits enregistrés.	47
§2. Un avertissement immédiat des droits non enregistrés.....	51
SECTION 2 – Une possible métamorphose des formalités de dépôt par la <i>blockchain</i>	55

§1. La <i>blockchain</i> , vers une mutation de l'enregistrement des titres.	56
§2. Des droits de propriété intellectuelle « intelligents » par le registre distribué.....	59
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	64
CONCLUSION PARTIE 1	65
PARTIE 2 – Le respect d'un formalisme préalable au cœur de la sécurité des titres	67
CHAPITRE 1 – La reconnaissance des droits, un mécanisme à parfaire	68
SECTION 1 – La remise en cause des droits de la propriété intellectuelle par les tiers	68
§1. Les actions en faveur des titres enregistrés près de l'office.....	68
§2. L'action judiciaire en contrefaçon, le point de connivence des droits	72
SECTION 2 – L'antériorité, la clé de voute des actions administratives et judiciaires	76
§1. Les titres de propriété intellectuelle : un apport disparate de la preuve d'antériorité	76
§2. Les modes de preuve soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond	81
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	86
CHAPITRE 2 – Un tiers informé d'un droit de propriété intellectuelle horodaté : vers une sécurité juridique renforcée des titres	87
SECTION 1 – La <i>blockchain</i> : un problème juridique, une solution technique	88
§1. Un mode de preuve irréfutable de la création antérieure.....	88
§2. L'imperfection d'un mode de preuve juridiquement recevable	92
SECTION 2 – Le marquage et l'expansion des droits : une mesure prudente	96
§1. L'harmonisation du régime de cumul des titres, une stratégie offensive et défensive.....	96
§2. L'usage conforme des signes, une précaution liminaire à l'indemnisation	101
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	106
CONCLUSION PARTIE 2	107
CONCLUSION.....	109
ANNEXES.....	111
BIBLIOGRAPHIE	113
TABLES DES MATIERES.....	117

Résumé en français

Dans le même esprit que « personne n'est censé ignorer la loi », personne n'est censé ignorer un droit de propriété intellectuelle. Si cela peut se justifier par le registre, bien des lacunes surgissent de ce dispositif d'information. Certes, le dépôt des droits industriels informe les tiers et rassure les titulaires quant à l'exclusivité de leur protection, rassure aussi dans une certaine mesure les investisseurs, mais deux problématiques naissent de cette publicité : d'une part, seuls les tiers intéressés ou compétents connaissent des droits, et, d'autre part, des titres industriels peuvent naître du seul fait de leur création ou de leur divulgation ; tout comme les droits de propriété littéraire et artistique qui eux, ne connaissent pas de formalité de dépôt. Alors, le dialogue régissant l'ensemble des rapports entre les tiers, titulaires de droits ou non, se trouve affaibli, fragilisé : leurs intérêts s'entrecroisent dans la sphère économique et sont tant opposés que complémentaires, certaines règles concernant l'insécurité juridique découlant des failles lors du dépôt méritent d'être éclaircies. Comment le principe de l'effet erga omnes des droits peut être accompli lorsque tant d'obscurité brouille les rapports entre les différents intéressés, empêchant une relation saine et dynamique ? Une première réponse peut être apportée par la blockchain, la blockchain comme un registre intelligent, ou la blockchain comme preuve d'antériorité. Aussi, le marquage apporte d'ores-et-déjà des solutions, solutions toutefois inopportunes au regard des disparités que le droit international peine à mettre en œuvre.

Mots-clés : propriété intellectuelle – blockchain – marquage – sécurité juridique – enregistrement des droits.



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2020

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep.fr