DOCUMENT DE RECHERCHE

15

LA STRUCTURE CHANGEANTE ET LA GOUVERNANCE DES MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

Ermias Tekeste Biadgleng et Viviana Munoz Tellez *

CENTRE SUD

JANVIER 2008

Traduction française par Louma Atallah

* Ermias Tekeste Biadgleng et Viviana Munoz Tellez sont administrateurs au sein du Programme sur l'innovation et l'accès aux connaissances du Centre Sud. Ils peuvent être contactés aux adresses suivantes: biadgleng@southcentre.org et munoz@southcentre.org.

LE CENTRE SUD

En août 1995, le Centre Sud est devenu une organisation intergouvernementale permanente de pays en développement. Le Centre jouit d'une pleine indépendance intellectuelle dans la poursuite de ses objectifs qui sont de promouvoir la solidarité entre pays du Sud, la coopération Sud-Sud et la participation coordonnée des pays en développement aux forums internationaux. Il prépare, publie et distribue des documents d'information, des analyses stratégiques et des recommandations sur les questions économiques, sociales et politiques internationales concernant les pays du Sud.

Le Centre Sud bénéficie du soutien et de la coopération des gouvernements des pays du Sud et il collabore régulièrement avec le Mouvement des pays non alignés et le Groupe des 77. Ses études et prises de position sont établies en faisant appel aux capacités techniques et intellectuelles des gouvernements et des institutions du Sud et des citoyens du Sud. Les sessions de travail en groupe et de larges consultations impliquant les spécialistes des diverses régions du Sud, et parfois également du Nord, permettent d'étudier les problèmes courants dans le Sud, ainsi que de partager les expériences et les connaissances

REMERCIEMENTS

Nous aimerions remercier tous ceux qui ont revu ce document et tout particulièrement Carlos Correa (Université de Buenos Aires), Fernando Piérola (Centre consultatif sur la législation de l'OMC) et Pedro Roffe (Centre international pour le commerce et le développement durable), pour les propositions et les commentaires très utiles qu'ils ont fait à titre personnel. Nous nous sommes également énormément inspiré des discussions avec les participants du symposium international organisé par le Centre Sud intitulé *International Symposium on Examining Intellectual Property Enforcement from a Development Perspective*, qui a eu lieu le 9 octobre 2007.

TABLE DES MATIÈRES

RESUME 1
I. **INTRODUCTION** 1

II. LA STRUCTURE MULTILATERALE ACTUELLE DE L'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE 3

II.1 L'Accord sur les ADPIC 4

II.1.1 Eléments principaux de l'application des droits de propriété intellectuelle dans l'Accord sur les ADPIC 5

II.1.2 Le lien entre l'Accord sur les ADPIC et le mécanisme de règlement de différends de l'OMC 7

II. TENDANCES JURIDIQUES ET POLITIQUES RECENTES EN MATIERE D'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE 13

III.3.1 Assistance technique bilatérale 21

III.3.2 Mécanisme unilatéral lié au commerce 21

III. LA STRUCTURE CHANGEANTE ET LA GOUVERNANCE DES MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE 27

IV.7.1 Les caractéristiques principales de type ADPIC-plus dans les accords de libre-échange 36

IV.7.2 Extension de la portée des normes relatives à l'application des droits dans les accords de libre-échange 36

IV.7.3 Les droits de propriété intellectuelle comme investissement 41

IV. CONCLUSION: LA STRUCTURE CHANGEANTE DES MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES DIFFERENTS CHOIX DE POLITIQUES DONT DISPOSENT LES PAYS EN DEVELOPPEMENT 42

ANNEXE: **QUELQUES DISPOSITIONS DE L'ACCORD SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE** 46

RESUME

Il y a douze ans, l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) a introduit des normes minimales internationales relatives à la protection et à l'application des droits de propriété intellectuelle. Dans la mesure où les obligations de fond de l'Accord sont maintenant mises en œuvre dans un grand nombre de législations nationales, on exerce une pression croissante sur les pays en développement pour qu'ils soutiennent l'application de ces droits.

L'Union européenne, le Japon et les Etats-Unis déploient des efforts supplémentaires pour renforcer et harmoniser, à l'échelle internationale, les différents moyens utilisés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Afin de faire avancer ce programme, ils ont conjointement annoncé leur intention de négocier un nouveau traité international contre la contrefaçon, un traité qui soit indépendant de l'OMPI et ont fait de l'application des droits de propriété intellectuelle une question prioritaire pour le G-8.

Nous présentons dans ce document un aperçu général et une analyse de la structure multilatérale changeante des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et des difficultés que cela engendre pour les pays en développement. Nous y examinons les obligations multilatérales actuelles et y relatons les évolutions de l'application des droits de propriété intellectuelle dans les différents forums multilatéraux, y compris l'Organisation mondiale des douanes, l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'Organisation mondiale du commerce et Interpol. Finalement, nous y analysons l'approche adoptée par les Etats-Unis et le l'UE pour renforcer l'application de ces droits dans les pays tiers qui consiste à établir des mécanismes régionaux, bilatéraux et unilatéraux, comme les accords régionaux et bilatéraux.

Les principaux résultats de ce document sont les suivants:

- Une amélioration de la coordination et du dialogue entre le secteur privé, le gouvernement et les intervenants de la société civile est nécessaire pour trouver des solutions adéquates aux problèmes à la fois de l'approvisionnement et de demandes liés au commerce des biens de marque contrefaite et de piraterie portant atteinte aux droits d'auteur. Les initiatives et les activités menées par les différents forums et agences pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle gagneraient à être plus cohérentes.

- Les pays en développement allouent de plus en plus de ressources au renforcement de l'application des droits de propriété intellectuelle alors que l'investissement global dans des domaines tels que la pauvreté, la faim, la santé et l'éducation représente moins de la moitié de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de développement du Millénaire.

- Les pays qui contractent des obligations en matière d'application de droits de type ADPIC-plus risquent de renoncer à leur autorité souveraine leur permettant d'adopter des politiques sur l'innovation et la propriété intellectuelle adaptées à leur niveau de développement. Ils se priveront peut-être également de flexibilités importantes ménagées par l'Accord sur les ADPIC qui tiennent compte des différences qui existent entre les systèmes juridiques nationaux et des niveaux de développement. Dans le cas où ce type d'obligations est contracté dans le cadre des accords de libre-échange, ils risquent également de subir des sanctions commerciales et économiques à cause de leur incapacité à se conformer avec ces nouvelles obligations qui sont peut-être restrictives de façon injustifiée et qui constituent une ingérence.

- Il manque des informations fiables, des données objectives et des définitions harmonisées pour pouvoir bien évaluer l'ampleur du commerce de biens de marque contrefaite et de piraterie portant atteinte aux droits d'auteur et de ses effets et pour pouvoir définir précisément les problèmes qu'il pose.

- un échange continu concernant les informations, les expériences et les pratiques nationales relatives aux moyens de combattre la contrefaçon et la piraterie, de façon à permettre une meilleure compréhension des problèmes et mettre en place des programmes communs. Le partage actuel des expériences devrait être élargi pour intégrer l'utilisation des mesures liées à l'application des droits pour garantir l'application des limitations et des exceptions aux droits de propriété intellectuelles et empêcher l'usage abusif de ces droits ; l'utilisation de la loi sur la concurrence ; et l'analyse de la jurisprudence nationale connexes.

Voici les recommandations principales destinées aux pays en développement :

- Il faut s'assurer que les moyens de faire respecter les droits sont équitables et justes, et garantissent un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle des détenteurs, les droits de tiers, ainsi que les limitations et les exceptions prévues par le système de propriété intellectuelle.

- Il ne faut pas adopter des mesures et des procédures relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle qui vont au-delà de ce qui est exigé par l'Accord sur les ADPIC, sauf si une évaluation a été effectuée au préalable et a montré que des normes d'application des droits de type ADPIC-plus seront bénéfiques pour le pays. Il faut éviter des normes d'application des droits de type ADPIC-plus dans les accords de libre-échange régionaux et bilatéraux.

- Il faut résister à la pression exercée par les pays développés au Conseil sur les ADPIC de l'OMC et dans d'autres forums pour établir des normes non contraignantes, y compris les meilleures pratiques et des déclarations qui risquent, d'une part, d'imposer le renforcement de l'application à l'échelle nationale des droits de propriété intellectuelle, et ce, au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC, et, d'autre part, de mener à une harmonisation des normes d'application.

- Il faut maintenir les flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle, y compris: 1) la flexibilité relative à la méthode servant à mettre en oeuvre les mesures et les procédures en matière d'application des droits dans les systèmes juridiques nationaux; 2) la flexibilité relative à l'équilibre des ressources chargées de s'assurer du respect du droit de façon général et celles spécifiquement mobilisées pour s'assurer du respect des droits de propriété intellectuelle ; 3) la flexibilité qui limite les procédures liées aux mesures à la frontière et aux sanctions pénales dans le cas de la contrefaçon de marque et de la piraterie portant atteinte aux droits d'auteur, tel que défini à l'Article 51, note de bas de page 14 ; 4) la flexibilité concernant l'octroi d'injonctions ; 4) la flexibilité concernant la détermination du montant d'une « compensation adéquate » dans un jugement relatif à un dommage.

- Il faut adopter des définitions claires de la contrefaçon et de la piraterie pour éviter des incertitudes juridiques et, éventuellement, un usage abusif des mesures d'application des droits. On trouve ces définitions à la note de bas de page 14 de l'Article 51 de l'Accord sur les ADPIC et les éléments communs de la définition convenue dans le cadre de cet accord devraient être appliqués. (1) identique ou similaire à des droits de propriété intellectuelle protégés localement ; (2) usage non autorisé ; (3) atteinte dans un pays d'importation ; (4) échangés à l'échelle internationale. Il faut s'assurer que les importations parallèles de biens conformes à l'Accord sur les ADPIC soient exclues de la définition de contrefaçon ou de piraterie. Il ne faut pas étendre la définition de façon à ce qu'elle comprenne la violation de brevets.

- Il faut éviter de recourir au droit pénal dans les cas d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Du moins, il faut limiter l'application du droit pénal à des cas où on a porté atteinte aux droits de propriété intellectuelle de façon délibérée et à une échelle commerciale et définir rigoureusement les éléments qui constitueraient un acte criminel.

- Il faut éviter les engagements à agir directement contre l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Si les gouvernements se doivent de fournir aux détenteurs de droits les moyens juridiques de faire respecter leurs droits privés, la responsabilité de l'application des droits doit revenir aux détenteurs de droits. Ces derniers doivent mener les poursuites judiciaires et assumer la totalité des coûts.

- Il faut surveiller de plus près l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle et le recours abusif aux mesures d'application des droits. Parmi les moyens utilisés pour le faire, on compte un examen rigoureux et détaillé des demandes de brevets, un renforcement des lois sur la concurrence, le caractère équitable et loyal des mesures servant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, et l'amélioration de la protection des limitations et des exceptions liées aux droits de propriété intellectuelle, telles que « l'usage loyal » à des fins d'accès à l'information, d'éducation ou de recherche.

.

I. INTRODUCTION

Les lois de propriété intellectuelle font référence au domaine général de la loi qui comprend les droits d'auteur et les droits connexes, les brevets, les droits des dessins et modèles, les marques et les secrets commerciaux. Les différentes formes de propriété intellectuelle ont comme caractéristique commune d'établir des droits de propriété sur les objets intangibles, comme les inventions, qui ont une application industrielle, sur la forme dans laquelle une idée ou une information est exprimée, et sur les signes qui distinguent les biens et les services. L'expression *droits de propriété intellectuelle* fait référence aux droits juridiques spécifiques que peuvent détenir et exercer les auteurs, les inventeurs et les détenteurs de droits relativement à un objet de propriété intellectuelle. Les droits de propriété intellectuelle sont octroyés par les gouvernements et sont en vigueur dans les limites du territoire sur lequel ils ont été octroyés. Certains pays on signé des accords bilatéraux et multilatéraux pour permettre aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle d'être protégés dans d'autres juridictions. La plupart des accords liés à la propriété intellectuelle adhèrent au principe de traitement national en tant que règle de non-discrimination. Selon cette règle, chaque membre accordera aux ressortissants des autres membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants. Cependant, notons que bien que le traitement national soit un mécanisme de protection international, il ne suffit pas à garantir l'harmonie des systèmes. Comme l'ont souligné Bentley et Sherman « la beauté du principe de traitement national est qu'il octroie aux pays l'autonomie pour élaborer et appliquer leurs propres lois, tout en répondant aux exigences en matière de protection internationale. »[1].

L'autonomie dont jouit un pays pour élaborer et appliquer ses propres lois sur la propriété intellectuelle tout en respectant ses obligations internationales est essentielle pour le bon fonctionnement d'un système de propriété intellectuelle national. En effet, le fait qu'un système de propriété intellectuelle serve ou non à promouvoir les objectifs des politiques économique et sociale est directement lié à sa capacité à répondre aux besoins et à s'adapter aux conditions et au contexte de chaque pays.

Les systèmes nationaux de propriété intellectuelle ont été élaborés progressivement avec l'évolution du contexte économique et social. Ce n'est qu'au XIXe siècle que des pays qui n'étaient pas des exportateurs nets de propriété intellectuelle se sont intéressés aux accords internationaux pour la protection de la propriété intellectuelle. Les premiers accords comprenaient principalement des pays européens et excluaient des pays tels que les États-Unis, un pays qui allait devenir un des principaux exportateurs de propriété intellectuelle. Dans les années 1980, les États-Unis et d'autres pays industrialisés, préoccupés par l'érosion de leur compétitivité nationale et pour défendre leurs intérêts économiques, ont décidé d'étendre à l'échelle internationale la protection de la propriété intellectuelle.

Les marges de manœuvre dans l'élaboration de systèmes nationaux de propriété intellectuelle ne cessent de diminuer depuis les années 1960, au moment où a été créée l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Cette tendance est arrivée à son apogée au moment de la signature entre les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui est entré en vigueur en 1995. En effet, cet accord a créé un nouveau cadre multilatéral de normes minimales internationales sur la protection des droits de propriété intellectuelle à l'échelle nationale. Les obligations en matière de droit matériel sont liées à différents objets de propriété intellectuelle, y compris la disponibilité et la portée des brevets, les droits d'auteur, les dessins et modèles industriels, les topographies des circuits intégrés, les marques et l'information non divulguée. L'Accord sur les ADPIC a également établi pour la première fois des obligations en matière de procédures et de mesures nationales pour l'application des droits de propriété intellectuelle. Cependant, il n'a pas harmonisé les normes de protection dans les systèmes de protection de propriété intellectuelle. Par conséquent, ceux-ci varient énormément d'une juridiction à l'autre. Dans la mesure où il reconnaît les différences entre les systèmes et les pratiques juridiques des États membres,

[1] Bently et Sherman (2004), p.5.

l'Accord sur les ADPIC laisse aux pays la marge de manœuvre nécessaire pour exercer certaines flexibilités et ne couvre pas tous les éléments du droit de propriété intellectuelle. Une des flexibilités les plus importantes de cet accord est la liberté des États Membres de déterminer la méthode qui servira à mettre en œuvre les dispositions qui s'y trouvent, y compris les obligations relevant du droit matériel et les procédures relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle.

Une des raisons pour lesquelles les pays en développement ont accepté de signer l'Accord sur les ADPIC pendant le Cycle d'Uruguay était qu'ils pensaient que les États-Unis réduiraient la négociation bilatérale de normes de propriété intellectuelle[2]. Ils s'attendaient également à ce que l'Accord sur les ADPIC exclue l'adoption de mesures de rétorsion unilatérales par les pays développés. Cependant, ces deux suppositions se sont révélées fausses. En effet, les États-Unis et d'autres pays développés continuent d'essayer d'imposer des normes ADPIC-plus à la fois à l'échelle multilatérale et bilatérale. De plus, des normes de protection stricte de la propriété intellectuelle sont établies à l'échelle multilatérale à travers l'OMPI et bilatérale grâce à l'ajout de dispositions de propriété intellectuelle dans les accords de libre-échange. Depuis récemment, de plus en plus d'institutions multilatérales participent à l'établissement de normes et de politiques relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle.

Nous présentons dans ce document de recherche une vue d'ensemble et une analyse du cadre multilatéral en constante évolution relatif à l'application des droits de propriété intellectuelle et des difficultés qu'il crée pour les pays en développement. Pour ce faire, nous examinons les obligations multilatérales actuelles et relatons les évolutions dans le domaine de l'application des droits de propriété intellectuelle dans différents forums, comme l'OMD, l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'OMPI, l'OMC et Interpol. Nous analysons également la façon dont les États-Unis et l'Union européenne renforcent l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers par le biais de mécanismes régionaux, bilatéraux et unilatéraux, comme les accords régionaux et bilatéraux. Finalement, nous faisons une synthèse de la nature de cette structure changeante, des principaux problèmes de gouvernance et des possibilités en termes de politiques des pays en développement.

[2] Drahos (2002), p. 16.

II. LA STRUCTURE MULTILATERALE ACTUELLE DE L'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

L'efficacité des procédures pour l'application des droits de propriété intellectuelle va au-delà de la seule garantie que les droits de propriété intellectuelle sont respectés. En effet, pour garantir un équilibre dans le système des droits de propriété intellectuelle, la politique sur l'application des droits de propriété intellectuelle devrait être appuyée par 1) un droit matériel sauvegardant l'intérêt légitime des parties tiers et du public dans son ensemble et prévoyant des limitations et des exceptions adéquates aux droits de propriété intellectuelle et réglementant les pratiques anticoncurrentielles ; et 2) des règles procédurales qui sont justes et équitables pour toutes les parties.

Les industries dont le travail est fondé sur la propriété intellectuelle ont fait pression sur les pays développés pour qu'ils défendent à l'échelle multilatérale une application stricte des droits de propriété intellectuelle et les intérêts des détenteurs de droits. Il est en partie possible de mettre en évidence cette approche dans l'Accord sur les ADPIC dont toute une section (Section III) porte uniquement sur l'application des droits de propriété intellectuelle, bien que des éléments y aient été ajoutés pour équilibrer les obligations. Cependant, depuis la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, les pays développés déploient continuellement des efforts pour renforcer les obligations relatives à l'application de l'accord par le biais de nouveaux mécanismes multilatéraux et bilatéraux. Ainsi, l'application des droits de propriété intellectuelle est un des nouveaux problèmes les plus importants pour les pays en développement, qui doivent maintenir un équilibre dans leurs systèmes nationaux de propriété intellectuelle.

À l'instar des systèmes judiciaires nationaux, les procédures et les mesures qui servent à l'application des droits de propriété intellectuelle varient énormément d'un système national à l'autre. Au moment d'assurer un équilibre entre les intérêts des détenteurs de droits et du public, les gouvernements nationaux devraient avoir l'espace politique suffisant pour déterminer quel type de structures administratives et de procédures juridiques convient à la fois aux détenteurs de droits et aux tierces parties. Les problèmes d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle relèvent essentiellement du détenteur de droits. Les droits de propriété intellectuelle sont, en fait, des droits octroyés par la loi, mais dont le détenteur de droits privé surveille l'application[3]. Il est possible pour l'État d'aider le détenteur de droits à faire appliquer ces droits, mais il est d'abord et avant tout de la responsabilité de la partie touchée d'entamer une action. De plus, c'est aux détenteurs de droits d'assumer les coûts découlant de l'application de leurs droits privés[4].

Les obligations relevant du droit matériel prévues dans l'Accord sur les ADPIC sont en train maintenant d'être mises en œuvre dans les législations nationales et sont, par conséquent, devenues un dénominateur commun entre les États Membres de l'OMC. La plupart des pays prévoient différentes procédures et recours pour l'application des droits de propriété intellectuelle. Cependant, les détenteurs de droits de propriété intellectuelle, notamment les grandes sociétés, exigent continuellement des gouvernements qu'ils multiplient leurs efforts pour renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, les pays en développement subissent une pression croissante des pays développés pour améliorer l'application des droits de propriété intellectuelle. Or, les mesures qu'on leur demande d'adopter dépassent largement les obligations internationales prévues par l'Accord sur les ADPIC.

Dans la plupart des pays développés, les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont recours aux processus civils pour traiter des affaires d'atteinte à leurs droits privés. D'ailleurs, Les mesures du type injonctions (interlocutoires ou permanentes) et compensations pour les dommages sont plus utiles pour les titulaires de droits que les sanctions pénales. Le droit pénal joue généralement un rôle limité dans le cas de

---

[3] Le Préambule de l'Accord sur les ADPIC reconnaît explicitement que les droits de propriété intellectuelle sont privés.

[4] Commission des droits de propriété intellectuelle (2002a), p. 165.

l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, et il est rare que des peines pénales soient prononcées dans ces cas, notamment en ce qui a trait au droit des brevets. Le droit pénal s'applique généralement dans le cas d'une atteinte délibérée aux droits de propriété intellectuelle ou lorsque l'atteinte se fait à une échelle commerciale ou à cause d'autres menaces importantes contre l'Etat ou ses citoyens. De plus, sauf dans le cas où la transgression est importante et où les dommages sont graves, et étant donné la longueur et le prix des litiges, le plaignant décide généralement de ne pas entreprendre d'action ou d'arriver à un accord à l'amiable. De nombreux pays développés ont tenté de recourir au droit pénal comme moyen de dissuasion contre la transgression, mais ce type de pratique risque de se retourner contre le système de propriété intellectuel en créant un ressentiment chez le public.

Les descentes de police et le recours à des mécanismes pour faire appliquer la loi pénale peuvent effectivement être des éléments dissuasifs, mais ils peuvent également être très dangereux. De plus, ils requièrent l'utilisation des fonds publics ce qui, dans les pays en développement, impliquent dans certains cas le retrait de ressources allouées à d'autres mesures visant l'application de la loi, alors que d'autres moyens, notamment le droit civil, peuvent être renforcés pour permettre aux parties privées de faire respecter leurs droits sans avoir recours aux fonds publics. Même dans les cas où les agences responsables de l'application de la loi visent à combattre les transgressions, parfois elles ne peuvent pas faire leur travail, surtout si les titulaires de droits ne peuvent effectivement établir clairement s'ils ont subi des dommages, l'importance des dommages et les sanctions adéquates. En bref, au moment de déterminer le type de mesures et de procédures qui doivent être mises sur pied et utilisées dans le cadre de la législation nationale, il est essentiel d'établir à quel point l'Etat doit être impliqué dans l'application des droits de propriété intellectuelle et s'il dispose des capacités pour le faire.

Il est essentiel que les pays en développement bénéficient d'un grand espace politique pour traiter de cette question de politique clé. Aujourd'hui, le pouvoir discrétionnaire et de jugement dans l'application des droits de propriété intellectuelle qui a toujours été présent, y compris dans l'Accord sur les ADPIC, est érodé par la pression exercée en vertu des accords bilatéraux, notamment les accords de libre-échange. L'érosion de l'espace politique nécessaire pour déterminer les politiques et les procédures adéquates en matière d'application de la loi selon l'intérêt public et la capacité des institutions publiques est le nouveau défi que devront relever les pays en développement. Cette nouvelle difficulté comprend une pression croissante à utiliser les mécanismes de l'Etat afin de réduire les coûts engendrés par l'application des droits pour les multinationales basées dans les pays développés.

II.1 L'Accord sur les ADPIC

L'Accord sur les ADPIC constituait un tournant dans l'application des droits de propriété intellectuelle. Bien qu'avant cet accord, les traités internationaux sur la protection des droits de propriété intellectuelle comprenaient quelques obligations liées à leur application[5], aucun ne traitait explicitement du sujet de l'application des droits de propriété intellectuelle. Ils ne prévoyaient pas non plus des mécanismes pour régler les différends éventuels entre Etats sur les obligations liées à la propriété intellectuelle, y compris celles concernant leur application. C'est pour cette raison d'ailleurs que les pays industrialisés ont cherché à définir des normes communes pour l'application des droits de propriété intellectuelle dans l'Accord sur les ADPIC, des normes sanctionnées par le mécanisme de règlement de différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

En vertu de la Convention de Paris sur la propriété industrielle (ci-après Convention de Paris) et de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (ci-après Convention de Berne), l'adoption dans la législation nationale de normes qui comprennent une norme minimale internationale suffisait pour qu'un membre soit considéré comme respectant son obligation. Le point de référence pour les normes liées à l'application des conventions était que les membres respectent le

[5] Ce qui comprend l'Article 25 de la Convention de Paris (1883), l'Article 36 de la Convention de Berne (1886) et l'Article 26 de la Convention de Rome (1961).

traitement national dans l'application d'une loi de ce type. Par contre, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, l'adoption d'une législation qui soit conforme avec les normes minimales internationales n'est qu'un début. Les lois nationales doivent également être adéquatement appliquées, conformément aux dispositions liées à l'application des droits de propriété intellectuelle[6]. Cependant, l'Accord sur les ADPIC reconnaît que les normes pour la protection des droits de propriété intellectuelle et leur application peuvent énormément varier d'un pays à l'autre et il n'essaye que d'établir des normes générales à mettre en oeuvre selon le mécanisme établi par chaque membre[7]. Par exemple, selon l'Article 1:1 sur la nature et la portée des obligations, les Membres sont libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions de l'accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. A ce sujet, l'accord ne vise pas à harmoniser les règles procédurales pour l'application des droits de propriété intellectuelle.

Les principes généraux de l'Accord sur les ADPIC établis à l'Article 8, y compris la reconnaissance explicite qu'il risque d'être nécessaire pour les membres de prendre des mesures pour éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques, qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie, s'appliquent également à la Partie III de l'Accord sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

II.1.1 Eléments principaux de l'application des droits de propriété intellectuelle dans l'Accord sur les ADPIC

Les dispositions relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle de l'Accord sur les ADPIC « sont de véritables normes minimales, contrairement aux normes de fond de l'Accord, grâce aux formulations vagues et au libellé laxiste employés »[8]. Dans la mesure où il était pratiquement impossible de créer une norme internationale pour ce qui est des procédures visant à faire respecter les droits privés, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC définissent l'objectif à atteindre plutôt que les détails des procédures qu'il est possible de mettre en œuvre. C'est pour cette raison que les formulations sont vagues et les libellés laxistes pour ce qui est des obligations[9].

La Partie III de l'Accord sur les ADPIC comprend les obligations générales, les règles sur les procédures et mesures correctives civiles et administratives, les mesures provisoires, les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière et les procédures pénales.

.

L'Article 41 prévoit les principes essentiels relatifs à l'application des droits de la façon suivante:

- Des procédures doivent être prévues par la loi intérieure pour permettre une véritable action contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure;
- Les procédures destinées à faire respecter les droits doivent être appliquées de façon à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif et à éviter d'ériger des obstacles au commerce légitime;

---

[6] Reichmann (1997), p. 2.
[7] UNCTAD-ICTSD (2005), p. 575.
[8] Reichmann (1997), p. 5
[9] Comme il a été noté dans UNCTAD-ICTSD (2005), p. 580, au moment d'évaluer si les procédures d'application d'un Membre permettent vraiment une « action effective », l'efficacité des mesures peut être évaluée différemment d'un système juridique à l'autre. Il est impossible d'avoir une seule norme relativement à ce qui constitue l'efficacité, ce qui est confirmé par le Préambule de l'Accord sur les ADPIC selon lequel l'élaboration de moyens adéquats et efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle liés au commerce doit tenir compte des « différences entre les systèmes juridiques nationaux »

- Les procédures doivent être loyales et équitables et ne doivent pas être inutilement compliquées et ne causeront pas de délais injustifiés[10] ;
- Les tribunaux et les autorités doivent fonder leur décision sur les preuves auxquelles ont accès toutes les parties et ces preuves seront préférablement écrites et raisonnables ;
- Il doit exister une forme de révision des décisions prises par la première instance administrative ou les agences judiciaires ;
- L'Accord ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général. Aucune disposition de la présente partie ne crée d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général.

L'Accord sur les ADPIC comprend à la fois des dispositions obligatoires et optionnelles en matière d'application des droits de propriété intellectuelle. La plupart d'entre elles n'établissent pas des obligations pures et simples, mais demande aux membres de donner le pouvoir aux autorités judiciaires ou autres pour qu'elles ordonnent certains actes. Les autorités compétentes nationales peuvent ordonner certaines mesures correctives en matière de procédures, mais elles ne doivent pas le faire et peuvent exercer leur pouvoir de discrétion pour ce qui est de l'application des règles prévues par l'Accord[11].

Certaines procédures sont obligatoires seulement en ce qui concerne certains types de droits de propriété intellectuelle. Par exemple, la disponibilité de procédures pour certaines mesures à la frontière et sanctions pénales prévues aux articles 51 et 61 ne s'appliquent qu'aux marchandises « de marque contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur » comme il est clairement défini à la note de bas de page 14 de l'Article 51. La définition prévoit quatre éléments de ce qui constitue des marchandises de marque contrefaites et des marchandises pirates portant atteinte aux droits d'auteur. D'abord, les marchandises de marque contrefaites font référence aux marchandises « portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce ». Les marchandises pirates sont des copies de biens protégés par les droits d'auteur ou des copies faites directement ou indirectement à partir d'un article. Ensuite, les marchandises sont considérées comme étant contrefaites ou pirates seulement dans le cas où la marque a été utilisée ou la reproduction a été effectuée sans l'autorisation du détenteur de droits ou d'une personne autorisée par lui dans le pays de production. Finalement, selon ces définitions, il est clair que l'existence d'une atteinte aux droits doit être déterminée par la loi du pays d'importation.

Etant donné que l'Accord sur les ADPIC n'harmonise pas les lois de fond sur les droits d'auteur et les marques de commerce, l'atteinte aux droits conférés par les droits d'auteur et les marques ne peut être déterminée que par chaque juridiction. L'importance accordée aux lois du pays d'importation dans les définitions indique que ces dernières devraient seulement diriger les procédures liées à l'application des mesures à la frontière plutôt que d'autres formes d'atteinte aux droits pour lesquelles les Etats membres doivent prévoir des procédures et des mesures correctives civiles. Ainsi, le quatrième élément des définitions relève de la possibilité de les appliquer aux biens échangés à l'échelle internationale. Ces spécifications signifient, entre autres, que l'atteinte à une marque ou à des droits d'auteur, par leur utilisation sans autorisation par exemple, est une condition nécessaire pour parler de marchandises de marque contrefaite ou portant atteinte aux droits d'auteur, mais qu'elle ne suffit pas.

Les dispositions sur les mesures à la frontière prévoient l'adoption de « procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marque

[10] Ceci correspond au principe de loyauté et d'équité qui s'applique « à toutes les parties impliquées dans les procédures liées à l'application des droits. Et non seulement aux détenteurs de droits. » Voir UNCTAD-ICTSD (2005), p. 582.

[11] CNUCED-ICTSD (2005), p.593

contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur (…) de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières ». Ces dispositions prévoient les procédures de base en ce qui a trait au dépôt d'une demande, aux droits d'inspection et d'information, à la caution ou à la garantie équivalente, à l'indemnisation dans le cas d'une suspension injustifiée de la circulation des marchandises, aux conditions d'action menée d'office et aux mesures correctives. Finalement, selon l'Article 61, « Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale » .

Les dispositions relatives aux moyens de faire appliquer les droits de propriété intellectuelle prévoient également quelques exceptions. Selon l'Article 44:2, dans le cas où les mesures correctives prévues contre l'atteinte aux droits par l'Accord sur les ADPIC sont incompatibles avec les lois d'un membre, elles devront être limitées aux jugements déclaratifs ou au paiement d'une compensation adéquate. Les membres ont également une bonne marge de manœuvre dans la détermination de ce qu'il considère comme étant une compensation « adéquate ». De la même façon, selon l'Article 44:1, les membres ne sont pas obligés de prononcer une injonction « en ce qui concerne un objet protégé acquis ou commandé par une personne avant de savoir ou d'avoir des motifs raisonnables de savoir que le négoce dudit objet entraînerait une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. »

Finalement, l'Accord sur les ADPIC prévoit un système de frein et contrepoids pour l'application de procédures visant l'application de droits de propriété intellectuelle qui sauvegarde les intérêts des tierces parties et du public. L'Article 48:1 habilite les autorités judiciaires à ordonner au plaignant qui a utilisé abusivement des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle d'accorder au défendant un dédommagement adéquat en réparation aux dommages subis. Les Articles 50:3 et 53:1 habilitent également les autorités judiciaires à demander au requérant de constituer une caution ou une garantie suffisante pour protéger le défendeur et prévenir les abus relatifs aux procédures de mesures provisoires. Les autorités judiciaires doivent également être habilitées à imposer certaines prescriptions au requérant d'une mesure provisoire « afin d'acquérir avec une certitude suffisante la conviction qu'il est le détenteur du droit et qu'il est porté atteinte à son droit ou que cette atteinte est imminente. »[12] Parmi les autres normes principales à appliquer, on compte la proportionnalité de la mesure avec la gravité de l'atteinte et la protection des informations confidentielles. Selon l'Article 46 de l'Accord sur les ADPIC, les autorités devraient tenir compte de la proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et les mesures prévues, ainsi que les intérêts des tiers. De plus, l'Article 42 prévoit des procédures loyales et équitables dans le cadre des procédures administratives et civiles. L'Article 41:4 exempte les Etats membres d'offrir la possibilité de faire réviser les acquittements dans les affaires pénales. L'Article 41:5 prévoie une sauvegarde claire qui atténue les obligations relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle[13]. Les Membres ne doivent pas établir un système judiciaire distinct pour l'application des droits de propriété intellectuelle ou allouer des ressources expressément pour cette question. En effet, la disposition exempte les membres de toute obligation de renforcer de façon globale leurs structures administratives et judiciaires pour mettre l'accent sur l'application des droits de propriété intellectuelle ou pour leur accorder la priorité au détriment de l'application de la loi de façon générale[14].

II.1.2 Le lien entre l'Accord sur les ADPIC et le mécanisme de règlement de différends de l'OMC

Les différends liés à toute transgression des dispositions de l'Accord sur les ADPIC opposant des membres de l'OMC sont assujettis au mécanisme de règlement de différends. Ainsi, lorsqu'un Etat membre ne

---

[12] OMC (1994), Accord sur les ADPIC, Article 50:3.

[13] Cet article ne figurait pas dans les propositions des Etats-Unis et de la CE mais a été introduit par l'Inde pendant les négociations sur l'adoption de l'Accord sur les ADPIC dans sa proposition MTN.GNG/GN11/W/40, au 3, N° 4 (e). Voir également UNCTAD-ICTSD (2005), p.585.

[14] Reichmann (1997), p.5.

s'acquitte pas de ses obligations en matière d'application de droits de propriété intellectuelle, il met en péril ses droits d'accès au marché et les autres avantages dont il bénéficie à l'échelle multilatérale. Il n'en est pas moins difficile d'appliquer le mécanisme de règlement de différends de l'OMC à l'Accord sur les ADPIC, notamment les dispositions relatives aux moyens de faire respecter les droits.

La formulation des dispositions sur les procédures visant l'application des droits de propriété intellectuelle permet plusieurs interprétations qui pourraient avoir une signification particulière lorsque la législation intérieure détermine la procédure exacte à suivre dans le système juridique et surtout lorsque les autorités compétentes ou judiciaires appliquent les règles à des affaires spécifiques[15].

L'Accord sur les ADPIC passe sous silence plusieurs détails, comme les limitations dans le temps du droit à présenter des allégations ou faire appel d'une décision. Cependant, il existe des cas où l'existence générale des normes minimales est interprétée dans le cadre des règlements de différends beaucoup plus librement. Dans l'affaire *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, le Groupe spécial a fait référence dans sa décision à l'application de l'Article 41:2 sur les procédures d'acquisition des brevets prévues par l'Article 62:4 :

> À notre avis, exiger des déposants qu'ils obtiennent des délais en abandonnant leur demande, en en demandant le rétablissement, en ne payant pas leurs taxes et en ne donnant pas suite au rapport de l'examinateur de brevets serait incompatible avec le principe général voulant que les procédures ne soient pas inutilement complexes, comme il est dit à l'article 41:2, principe qui vaut également pour les procédures d'acquisition, en vertu de l'article 62:4. De par leur nature même, ces délais, qui ne sont liés à aucune raison valable afférente à la procédure d'examen et de délivrance, seraient incompatibles avec le principe général voulant que les procédures n'entraînent pas de "retards injustifiés", comme il est dit à l'article 41:2, principe qui vaut également pour les procédures d'acquisition, en vertu de l'article 62:4.
>
> (…)Nous constatons que le fait d'exiger éventuellement d'un déposant qu'il engage une procédure [dans un tribunal] pour obtenir une ordonnance de mandamus et qu'il acquitte des taxes additionnelles constitue un manquement au principe général voulant que les procédures ne soient pas "inutilement complexes ou coûteuses", comme il est dit à l'article 41:2, principe qui vaut également pour les procédures d'acquisition, en vertu de l'article 62:4.16

Les constatations du Groupe spécial n'ont pas été ultérieurement revues par l'Organe d'appel. Il est possible pour l'Organe d'appel de confirmer les constatations du Groupe spécial dans la mesure où elles sont liées à des questions législatives qui ne sont pas compatibles avec l'Article 41. Cependant, l'Organe d'appel devra peut-être tenir compte de la difficulté d'appliquer la norme générale selon laquelle les procédures ne doivent pas être inutilement compliquées ou coûteuses alors que l'Accord sur les ADPIC prévoit clairement l'obligation de sauvegarder ces mêmes procédures de l'usage abusif et, surtout, qu'il n'est pas possible de généraliser dans la mesure où les règles de procédures peuvent prendre, selon les cas, différentes formes d'application.

La conformité avec les dispositions qui exigent des membres de donner accès à des procédures civiles et d'offrir des procédures pénales, ainsi que des mesures correctives serait évaluée en fonction de l'existence générale de règles et de procédures à l'échelle nationale. Dans l'Affaire *Etats-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, à la fois le Groupe spécial et l'Organe d'appel se sont fondés sur la signification ordinaire de « donner accès » utilisé dans l'Article 42 de l'Accord sur les APDIC qui prévoit

---

[15] La nature de l'incompatibilité que l'Organe de règlement de différends devrait examiner pourrait être la preuve de l'incapacité à offrir des procédures effectives relatives à l'application des droits qui révèle un problème systémique. Voir CNUCED-ICTSD (2005), p. 580.

[16] OMC (2000) Rapport du Groupe special, *Canada- Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, par. 6.117 and 6.118.

des normes relatives à l'application de procédures loyales et équitables. Ainsi, l'expression signifie que les titulaires de droits doivent, selon l'Article 42, avoir accès aux procédures judiciaires civiles qui sont effectives pour mener à bien l'application de leurs droits prévus par l'Accord. De plus, selon l'Organe d'appel :

> La première phrase de l'article 42 ne définit pas ce qu'englobe l'expression "procédures judiciaires civiles" en l'espèce. En conséquence, l'Accord sur les ADPIC donne aux Membres, sous réserve des normes de procédures minimales énoncées dans l'Accord, une certaine marge de manœuvre à cet égard, compte tenu des "différences entre les systèmes juridiques nationaux".[17] De fait, *le système national de procédures judiciaires civiles d'un Membre ne sera jamais identique à celui d'un autre Membre*[18].

Ces constatations de l'Organe d'appel devraient servir de base à l'interprétation de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial a trouvé que la formulation de l'Article 211 a 2), selon lequel « [Aucun] tribunal des États-Unis ne reconnaît une revendication de droits (…) ne donne effet à une telle revendication ni ne l'entérine d'une autre manière » dans certaines circonstances, empêche effectivement, dans certaines circonstances que le détenteur de droits puisse justifier sa revendication. Cependant, l'Organe d'appel a été plus loin et a annulé la décision du Groupe spécial en affirmant que l'Article 42 est fondamentalement une obligation relative aux procédures qui n'empêche pas les membres de légiférer concernant le fait que les tribunaux puissent examiner chaque prescription du droit substantiel en question avant de prendre une décision. Ainsi, l'Organe d'appel a déclaré que la législation ne remet pas en cause les droits relatifs à la procédure garantis par l'Article 42[19].

En ce qui concerne l'application des procédures loyales et équitables aux procédures judiciaires nationales, on ne peut interpréter l'Article 42 comme exigeant des groupes spéciaux de l'OMC de revoir les décisions ou de faire office d'organe d'appel pour les décisions de la justice nationale. L'Accord sur les ADPIC établit des normes minimales qui devraient être mises en place et il n'est pas vraiment nécessaire pour des groupes spéciaux de l'OMC de faire office de forum d'appel lorsque des procédures ne sont pas satisfaisantes ou lorsqu'il y a un désaccord sur les décisions finales d'un organe judiciaire ou administratif des Etats membres. Les conseils d'arbitrage sur l'investissement dans l'affaire *Loewen contre Etats-Unis (2003)* ont rejeté toute interprétation du traitement loyal et équitable comme exigeant du conseil de jouer le rôle de groupe d'appel ou de révision concernant la façon dont les tribunaux nationaux exercent la justice.

Bon nombre de dispositions de l'Accord sur les ADPIC sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne prévoit que l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour ordonner un sursis à l'exécution de certains actes de procédures. Cependant, les dispositions sur les moyens de faire respecter les droits de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas été suffisamment enrichies par la jurisprudence ou des affaires traitées par les groupes spéciaux de règlement de différends. Il n'en est pas moins que les décisions des groupes spéciaux et des organes d'appel ont fourni des observations importantes sur l'interprétation des dispositions. Ainsi le groupe spécial dans l'affaire *Inde — Brevets (CE)* a confirmé que la fonction de l'expression « seront habilitées » est « de traiter la question du pouvoir judiciaire discrétionnaire, et non celle de la possibilité offerte de manière générale d'obtenir des droits. »[20] Ainsi, les pays respecteront leurs obligations en garantissant, par exemple, en vertu de leurs lois le pouvoir judiciaire discrétionnaire qui convient. Certaines des dispositions contenant le « seront habilitées » prévoient des conditions pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Par exemple, selon l'Article 45, les Etats membres doivent habiliter les autorités judiciaires à ordonner le paiement de dommages-intérêts. En exerçant leur pouvoir, les autorités en question peuvent toutefois en ordonnant ou non le versement. Si elles décident de le faire, le versement doit être suffisant pour compenser le dommage subi par le détenteur de droits. Dans la partie sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle de l'Accord sur les ADPIC, une

---

[17] Deuxième considérant c) du Préambule de l'*Accord sur les ADPIC*.

[18] OMC (2002) Rapport de l'Organe d'appel dans Etats-Unis – *Article 211 Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R**,** par. 216 (italiques ajoutés).

[19] *Ibid*., par. 227.

[20] OMC (1998), Rapport du Groupe special *India – Brevets (CE), WT/DS79/R* , par. 7.66.

flexibilité importante est ménagée pour les autorités nationales qui disposent d'une bonne marge de manœuvre pour décider de ce qui constitue une compensation adéquate.

La prescription de l'Article 61 selon laquelle il faut prévoir des procédures pénales et des peines applicables doit être interprétée en adoptant le sens ordinaire des mots utilisés. Selon l'Article 16 de l'Accord sur les ADPIC, les droits conférés par une marque de commerce consistent en un droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans le consentement du titulaire *de faire usage au cours d'opérations commerciales* « de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion ». Ainsi, en vertu de cet article, l'usage d'une marque de commerce *au cours d'opérations commerciales* risque de constituer une atteinte aux droits conférés par une marque adéquatement enregistrée. L'Article 61 s'applique seulement aux activités de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage menées à l'échelle commerciale contrairement à toutes les autres atteintes au cours d'*opérations commerciales*. Ce qui correspond à la « contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale » doit être différent d'un usage de marque de commerce *en cours d'opérations commerciales*, sinon, l'Article 61 aurait simplement fait référence à l'usage d'une marque de commerce au cours d'opérations commerciales. On pourrait déduire de ces éléments, que « l'échelle commerciale » implique une atteinte bien plus grave que l'usage d'une marque de commerce en cours d'opérations commerciales portant atteinte aux droits conférés par une marque enregistrée. L'utilisation de l'expression « échelle commerciale », par exemple, en production industrielle n'a pas le sens d'un usage limité à la valeur des biens échangés mais plutôt de fonctionnement de la production industrielle et des canaux de commercialisation, ainsi que de la fourniture suffisante de biens dans des quantités, d'une valeur et à un rythme tels qu'ils garantissent la viabilité du producteur. L'interprétation de l'Article 61 devrait être limitée à déterminer l'existence générale de procédures pénales spécifiques et de peines.

Les dispositions sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle dans l'Accord sur les ADPIC peuvent également être interprétées conjointement avec les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Selon l'Article 41 de l'Accord sur les ADPIC, les procédures relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle « seront appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime ». Le groupe spécial de l'affaire Etats-Unis – Article 337 a déclaré que le fait que les législations soient appliquées comme un moyen de faire respecter les droits de propriété intellectuelle à la frontière n'exempte les parties d'appliquer l'Article III :4 du GATT[21]. Cette décision demeure valable bien qu'on ait adopté dans l'Accord sur les ADPIC une prescription obligatoire prévoyant le maintien des moyens pour les titulaires de droits de faire une demande pour la suspension de la circulation des biens. De la même façon, l'Article XX du GATT et l'Article XVI de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) pourraient être appliqués aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour éviter les obstacles au commerce international.

Un des processus qui a actuellement lieu à l'OMC est la demande d'ouverture des consultations par les Etats-Unis avec la Chine sur la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle[22]. Si les consultations échouent, on formera un groupe spécial à l'OMC pour régler le différend.

Une des questions qui reste en suspens en ce qui concerne l'application de l'Accord sur les ADPIC et les autres dispositions de l'Accord, est celle de savoir si les plaintes en situation de non-violation s'appliqueraient aux dispositions sur les moyens de faire respecter les droits[23]. De nombreux pays en

---

[21] GATT (1989), Rapport du Groupe spécial de Etats-Unis – Article 337 *de la Loi sur les tarifs douaniers de 1930*, L/6439, BISD 36S/345, 385-386, par. 5.10.

[22] Voir Bureau du représentant américain au commerce, Communiqué de presse (2007), "United States Files WTO Cases Against China Over Deficiencies in China's Intellectual Property Rights Laws and Market Access Barriers to Copyright-Based Industries", 4 septembre 2007.

[23] En vertu de l'Article XXIII du GATT de 1994, un Membre de l'OMC peut contester les actions d'un autre membre s'il estime qu'elles sont contraires aux accords de l'OMC, mais également si, bien qu'elles soient

développement ont clairement indiqué au Conseil des ADPIC à plusieurs reprises que les plaintes en situation de non-violation ne devraient pas être appliquées aux droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où elles engendreraient dans ce contexte des préoccupations fondamentales et systémiques[24]. Dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, on a prolongé le moratoire sur les plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation jusqu'à l'adoption de modalités sur lesquelles un rapport sera effectué à la conférence ministérielle suivante.

II.2 L'application des droits de propriété intellectuelle à l'OMPI

A l'OMPI, il n'existe pas un mécanisme de règlement de différends intégré similaire à celui de l'OMC auquel on peut avoir recours pour faire respecter les dispositions sur les moyens de faire respecter les droits prévues par les accords signés dans le cadre de l'OMC[25]. Bien que les signataires des accords gérés par l'OMPI doivent adopter des mesures pour garantir la mise en oeuvre des accords qu'ils ratifient, certains accords prévoient des dispositions spéciales sur leur application.

Deux des accords récemment négociés à l'OMPI, soit le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (que l'on appelle conjointement les traités Internet) signés en 1996, prévoient des dispositions sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Elles exigent des Membres qu'ils offrent, d'une part, une protection juridique adéquate, et, d'autre part, des sanctions juridiques effectives contre le contournement de mesures technologiques (comme le cryptage) utilisées par les détenteurs de droits pour protéger leurs droits et contre la modification ou la suppression délibérée de l'« information relative au régime des droits »[26]. Ce sont deux nouveaux domaines dans l'octroi de droits de propriété intellectuelle qui créent des obligations d'application spécifiques. Notons que les pays en développement sont les principaux signataires de ces accords.

La Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) de 1991 définit la portée des droits des obtenteurs concernant les obtentions végétales. Or, cette convention ne fournit pas des procédures détaillées sur l'application des droits des obtenteurs, mais l'Article exige des parties contractantes de prendre toutes les mesures nécessaires à sa mise en œuvre. Ces dernières devraient au moins ;

a) Prévoir les recours légaux appropriés permettant de défendre efficacement les droits d'obtenteur
b) Établir un service chargé d'octroyer les droits aux obtenteurs
c) Informer le public par la publication périodique de renseignements sur les demandes de droits d'obtenteur et les droits d'obtenteurs délivrés et les dénominations proposées et approuvées

La nature et la portée des recours juridiques pour l'application effective des droits des obtenteurs seraient déterminées par chaque pays. Cependant, les pays ont l'obligation de s'assurer que le public est informé grâce à la publication régulière d'informations sur la demande de droits et leur délivrance.

En plus de ces dispositions sur les moyens de faire respecter les droits dans les accords récents de l'OMPI, cette dernière a établi un comité permanent pour que les membres puissent discuter et partager leurs expériences nationales sur les moyens de faire respecter les droits. En effet, le Comité consultatif sur l'application des droits a été établi en 2002 et a structuré les discussions sur l'application des droits d'auteur

---

conformes avec ces accords, elles annulent ou compromettent un avantage qui en découle. Voir Centre Sud-CIEL (2004), p.2.

[24] *Ibid.*

[25] Mis à part les obligations de certains traités de l'OMPI (Conventions de Paris et de Berne) qui ont été incorporées à l'Accord sur les ADPIC.

[26] OMPI(1996), Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Article 19.

et de propriété industrielle. L'établissement de ce comité a fusionné le Comité consultatif sur la sanction des droits de propriété industrielle et le Comité consultatif sur la gestion et la sanction du droit d'auteur et des droits connexes dans le cadre des réseaux mondiaux d'information en un seul forum[27]. Lorsque le Comité consultatif sur l'application des droits a été établi, il a été convenu que son mandat se limiterait à des discussions sur l'assistance technique et la coordination. Il a même été spécifiquement convenu que le mandat ne comprendrait pas l'établissement de normes dans le domaine de l'application des droits. Plusieurs membres sont de l'opinion que la question de l'application des droits doit être perçue dans le contexte plus général de l'intérêt public et des obligations des détenteurs de droits, et non seulement dans le contexte de la lutte contre l'atteinte aux droits protégés de propriété[28]. Cependant, jusqu'à ce jour, ce Comité s'est surtout concentré sur le renforcement de l'application des droits de propriété intellectuelle et sur les problèmes auxquels font face les détenteurs de droits en matière d'application de ces droits dans les pays tiers.

[27] OMPI (2002), WO/GA/28/7.
[28] OMPI (2003), WIPO/ACE/1/7 Rev., par. 7.

III. TENDANCES JURIDIQUES ET POLITIQUES RECENTES EN MATIERE D'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

L'Union européenne et les Etats-Unis ont défini l'application des droits de propriété intellectuelle comme un des sujets principaux de la coopération transatlantique[29]. La pression croissante pour une protection plus étroite des droits de propriété intellectuelle est une conséquence du changement dans la structure du capital des entreprises ainsi que des changements dans les politiques commerciales des pays développés qui visent à renforcer la compétitivité internationale de leurs industries[30].

Les tendances dans les politiques récentes des pays développés montrent un passage marqué de la norme minimale au niveau maximal atteignable et, dans ce contexte, on met l'accent sur l'application des droits de propriété intellectuelle. Pour assurer un plus grand respect des droits de propriété intellectuelle, on emploie des moyens efficaces comme les mesures unilatérales ou les accords de libre-échange. En échange de promesses sur des concessions réciproques, de plus en plus de pays en développement signent des accords de libre-échange, notamment avec les Etats-Unis, en vertu desquels ils contractent des obligations de type ADPIC-plus relativement aux droits de propriété intellectuelle auxquels ils sont contraints par le mécanisme de règlement de différends de l'accord.

Les Etats-Unis en particulier poursuivent leur stratégie agressive de protection de la propriété intellectuelle en combinant des normes strictes et l'harmonisation des règles de propriété intellectuelle à l'échelle multilatérale et bilatérale, ainsi qu'en renforçant l'application des normes par le biais des accords de libre-échange. Jusque-là, cette stratégie a été d'une grande efficacité pour ce qui est des intérêts des multinationales et l'Union européenne s'est engagée dans cette même voie. De leur côté, les pays en développement sont contraints à des normes en matière d'application des droits de propriété intellectuelle qui vont au-delà des engagements multilatéraux et continuent de s'enfoncer dans une toile de normes en matière de droits de propriété intellectuelle extrêmement complexes qui vont de l'échelle bilatérale à l'échelle multilatérale[31].

III.1 Tendance récentes aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, l'application des droits de propriété intellectuelle est renforcée par des mesures mises en oeuvre dans toutes les agences gouvernementales. Ainsi, l'application des droits de propriété intellectuelle implique le Bureau du représentant américain au commerce (Office of the United States Trade Representative), le Ministère du commerce (Department of Commerce), l'Office des brevets et des marques (the Patent and Trademark Office), les autorités chargées du commerce international (International Trade Administration), Ministère de la sécurité nationale (the Department of Homeland Security), qui comprend la douane, la protection des frontières, l'immigration et l'application des mesures douanières,

---

[29] Union européenne (2006), Déclaration du sommet UE/Etats-Unis

[30] A ce sujet, Joseph Papovich, ancien assistant du représentant américain du commerce dans le domaine des services, de l'investissement et de la propriété intellectuelle, dans la discussion sur la création du programme des Etats-Unis pour la promotion de la propriété intellectuelle dans d'autres pays a déclaré: « Dans les années 1980 les Etats-Unis ont commencé à faire face à des déficits de la balance commerciale chroniques, notre gouvernement a donc commencé à réfléchir de façon intense à des façons de régler ce problème. Il semblait évident qu'il fallait mettre l'accent sur l'exportation de produits pour lesquels nous avions un avantage comparatif. Le domaine de la propriété intellectuelle fait partie de ces domaines dans lesquels les Etats-Unis bénéficient d'un avantage comparatif certain. Il est donc paru clair pour les décideurs américains que les exportations éventuelles américaines n'avaient pas lieu parce que des personnes dans d'autres pays copiaient ou contrefaisaient ces produits américains. » Papovich et Claude (1998).

[31] Drahos (2004), p.14.

ainsi que le Ministère de la justice et le Département d'Etat (Customs and Border Protection and Immigration and Customs Enforcement, and the Department of Justice and the State Department). Les efforts de ces organes sont coordonnés par le Conseil de coordination de l'application du droit de propriété intellectuel national (National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council) établi en 1999[32].

Les Etats-Unis ont lancé l'initiative *Strategy Targeting Organized Piracy* (Stratégie visant la piraterie organisée, STOP!) en octobre 2004. Elle vise à exercer de fortes pressions sur les partenaires commerciaux pour qu'ils s'engagent à s'efforcer à saisir les biens de marque contrefaite aux frontières des Etats-Unis et à poursuivre les entreprises criminelles impliquées dans la piraterie et la contrefaçon[33]. Le Ministère de la justice des Etats-Unis a élaboré ce qu'il appelle « une stratégie complète et multidimensionnelle pour combattre les infractions liées à la propriété intellectuelle ». Elle comprend les principes suivants :

1. L'application des lois protégeant les droits de propriété intellectuelle ;
2. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle et le gouvernement ont la responsabilité collective d'agir contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ;
3. Le Ministère doit diriger les poursuites judiciaires dans les cas des infractions les plus graves des lois protégeant les droits d'auteur, les marques et les secrets commerciaux ;
4. Le gouvernement doit punir le détournement abusif de technologies innovantes plutôt que l'innovation elle-même ;
5. L'application des droits de propriété intellectuelle doit comprendre les efforts coordonnés et coopératifs des gouvernements étrangers par le biais d'une assistance informelle et d'une coopération formelle, comme les traités et les accords internationaux[34].

Ces principes visent à traiter les nombreux éléments de l'application des droits de propriété intellectuelle, y compris l'application des lois pénales et la prévention, ainsi que l'application des lois civiles et antitrust. Les tendances récentes dans l'application des droits de propriété intellectuelle aux États-Unis sont également marquées par une augmentation de l'implication de la Cour suprême des États-Unis depuis la création de la Cour d'appel des États-Unis pour les tribunaux fédéraux (*United States Court of Appeal for the Federal Circuit*)[35]. Il est étonnant que, alors que la Cour suprême des États-Unis n'a revu des affaires de brevets qu'à l'occasion, elle révise aujourd'hui de plus en plus des décisions de la cour d'appel.

Dans l'affaire *MedImmune, Inc.* contre *Genentech Inc.* (2007) concernant le jugement déclaratif, la Cour suprême a décidé que la compétence d'attribution est toujours valable même si le preneur de licence n'a pas refusé d'effectuer le paiement de redevances prévu par le contrat de licence[36]. Cette décision suit celle de l'affaire *Illinois Tool Work, Inc.* contre *Independent Ink, Inc.* (2006), où la Cour suprême a décidé qu'un brevet n'octroie pas forcément le pouvoir de marché au titulaire de brevet et dans tous les cas impliquant un arrangement restrictif le plaignant doit montrer que le défendant (titulaire de brevets) a un pouvoir de marché pour ce qui est du produit clé[37].

Dans l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.* contre *Grokster*, (2005) la Cour suprême a établi la jurisprudence pour la responsabilité subsidiaire :

---

[32] United States National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council (2006).
[33] *Ibid*., p. 10.
[34] United States Department of Justice (2006), pp. 15-16.
[35] Arthur et Cogswel III (2005), 821-23.
[36] United States Supreme Court (2007), *MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc, et. al*., Certiorari to the United States Court of Appeal for the Federal Circuit, (No. 05-608) 427 F. 3d 958 (2007).
[37] Arthur et Cogswel III (2005), 821.

> Une personne qui distribue un objet avec pour objectif de promouvoir la fonction de ce dernier servant à porter atteinte aux droits d'auteur, comme il est montré par une expression claire et d'autres actes positifs qui ont pour but de promouvoir l'atteinte aux droits, en allant au-delà de la simple distribution et en ayant connaissance de l'acte de la tierce partie, est redevable des actes d'atteinte aux droits des parties tiers qui en résultent, sans compter les usages légaux du dispositif[38].

Dans l'affaire *McFarling* contre *Monsanto* (2005) la Cour suprême a refusé un avis d'appel dans une affaire concernant le refus de permettre de garder ou de replanter des graines agricoles génétiquement modifiées de deuxième génération. La Cour s'est dit d'accord avec l'argument présenté dans le mémoire d'*amicus curiae* et avec la décision de la Cour d'appel selon laquelle il est clairement établi qu'un titulaire de brevet ne fait pas preuve d'un usage abusif des brevets lorsqu'il évoque simplement le droit de refuser d'octroyer une licence pour son invention brevetée.

Bien que la tendance à la Cour suprême des Etats-Unis soit de renforcer le droit des titulaires de brevets d'exercer leurs droits, il existe une décision où l'égalité a été favorisée dans les procédures liées à l'application de ces droits. Dans l'Affaire *eBay Inc* contre *MercExchange, L.L.C.*, la Cour suprême a balayé une pratique bien établie des tribunaux fédéraux en délivrant automatiquement une mesure injonctive dans le cas de l'atteinte aux droits d'un brevet valable. Selon la cour, des principes d'équité traditionnels s'appliquent dans les procédures liées à l'application des droits. En appliquant des considérations d'équité traditionnelles pour ce qui est de l'injonction, la Cour suprême va à l'encontre de la jurisprudence qui remonte à loin aux Etats-Unis et qui considère le brevet comme la « propriété absolue »[39] de l'inventeur lorsqu'elle souligne que « la création d'un droit se distingue de la fourniture de mesures correctives relatives à ce droit »[40]. En sollicitant une injonction, la Cour suprême a mis l'accent sur les quatre examens d'équité: 1) le détenteur du brevet a subi un dommage irréparable ; (2) les mesures correctives prévues par la loi telles que la compensation financière sont inadéquates pour compenser ce type de dommage ; (3) étant donné les préjudices subis par le plaignant et les défendeurs, une mesure en équité est garantie ; (4) l'intérêt public ne serait pas desservi par une injonction permanente. Cependant, la cour a également déclaré que le simple fait que le brevet ne soit pas exploité ne garantit pas que le titulaire du brevet ne subira pas des dommages irréparables.

Les tendances aux Etats-Unis montrent l'importance accordée au respect des droits de propriété intellectuelle et elles réduisent en même temps l'applicabilité des lois antitrust et des réglementations liées à l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle. En avril 2007, le Ministère de la justice des Etats-Unis et de la Commission fédérale commerciale ont conjointement publié un rapport sur l'application des lois antitrust et des droits de propriété intellectuelle[41]. La conclusion des deux organes est importante pour comprendre l'orientation politique des Etats-Unis, dans la mesure où leurs analyses sont fondées sur l'évolution juridique, judiciaire et politique du pays. Les organes ont déclaré que les pratiques d'octroi de licences, les arrangements restrictifs et l'incorporation des droits de propriété intellectuelle dans les normes ne créent pas de responsabilité en matière de lois antitrust ou de concurrence, ni ne requiert une analyse au cas par cas. Cependant, ils ont conclu que le refus conditionnel d'octroyer une licence qui entraîne des dommages est assujetti aux obligations découlant des lois antitrust. Ils ont également conclu qu'un arrangement restrictif a de bonnes chances d'être contesté si (1) le vendeur a un pouvoir de marché sur le marché pertinent du produit clé (2) l'arrangement a un effet néfaste sur la concurrence sur le marché du produit clé et (3) les justifications liées à l'efficacité pour l'arrangement ne l'emportent pas sur les effets anticoncurrentiels[42]. Dans de nombreux cas cela a mené à des préoccupations liées à la concurrence, les organes ont incorporé leur conclusion en faveur des droits conférés par les droits de propriété intellectuelle.

---

[38] United States Supreme Court (2005), *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, (04-480) 545 U.S. 913 (2005)

[39] Connu également sous le nom de "continental Paper bag" en référence à l'affaire *Continental Paper Bag Co.* contre *Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405 (1908).

[40] Tang (2006), p. 241.

[41] United States Department of Justice and Federal Trade Commission (2007).

[42] *Ibid*. Voir l'introduction pour un résumé de toutes les conclusions des organes.

Cette évolution devrait être évaluée à la lumière d'autres changements législatifs qui ont des répercussions qui dépassent la compréhension des organes gouvernementaux pertinents des Etats-Unis. Les Etats-Unis continuent de mettre à jour leur législation sur l'application des droits de propriété intellectuelle et, en 2007, le Ministère de la justice a présenté au Congrès pour approbation une loi sur la protection de la propriété intellectuelle. Selon cette loi :

1. l'autorité de poursuivre les cas d'atteinte aux droits d'auteur du point de vue pénal *avant l'enregistrement* de revendications relatives à l'atteinte de droits d'auteur ;
2. une nouvelle atteinte à l'échelle fédérale : *tentative* d'atteindre aux droits d'auteur dans le cadre pénal ;
3. Ordonnance *ex parte* pour la saisie de registres contenant des éléments liés à l'atteinte des droits d'auteur dans les affaires de droits d'auteur au civil, et confiscation dans les affaires de droits d'auteur en droit pénal de toute copie fabriquée, reproduite, distribuée, vendue ou autrement utilisée, ou *destinée à être utilisée* ou *possédée et destinée à être utilisée* et toute propriété qui constitue une atteinte aux droits d'auteur ou qui *découle de tout revenu obtenu directement ou indirectement* grâce à une atteinte de ce type. La même règle s'applique à toute propriété utilisée ou destinée à être utilisée en partie ou entièrement de quelque façon que ce soit pour commettre ou faciliter une infraction liée à l'atteinte des droits d'auteur ;
4. l'exportation de copies portant atteinte aux droits devraient être traitée comme une distribution portant atteinte aux droits et peut constituer la base d'une poursuite pénale liée aux droits d'auteur dans certaines affaires ;
5. l'application de mesures pour contrevenant récidiviste lorsque le contrevenant a commis deux délits, sans tenir compte du type d'atteinte en particulier, y compris les tentatives ;
6. habileté à mettre sur écoute pour des infractions qui sont équivalentes ou plus graves en termes d'impact que les infractions principales qui ont déjà amené à l'exercice de cette autorité[43].

La poursuite pénale dans l'application des droits de propriété intellectuelle prend de plus en plus d'importance et elle est appliquée dans les cas d'infractions graves comme le financement du terrorisme et le crime organisé, y compris la piraterie organisée en ligne. Ces efforts ont entraîné la mise en place de procédures d'application des droits impliquant des services de renseignement très élaborés et l'arrestation dans le monde entier de suspects liés à différents actes, tels que le partage des fichiers entre homologues, le vol des signaux reçus par satellite, la contrefaçon des biens de luxe, les produits pharmaceutiques et les cosmétiques, le vol de secrets commerciaux et la vente de produits de marques contrefaites comme les logiciels[44].

En bref, les tendances juridiques et politiques aux Etats-Unis montrent que l'application stricte des droits de propriété intellectuelle sont un objectif de politique publique clé. Les droits conférés par la propriété intellectuelle réduisent le rôle des règles de concurrence et d'antitrust.

III.2 Tendances récentes dans l'Union européenne

L'Union européenne a adopté des mesures visant à harmoniser les normes et les mécanismes institutionnels liés à l'application des droits de propriété intellectuelle. En 2003, une nouvelle réglementation commune liée à l'action douanière contre les biens que l'on soupçonne de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle et aux mesures qui doivent être prises contre les biens portant atteinte à ces droits sont entrées

[43] United States Department of Justice, Office of Legislative Affairs (2007).
[44] Department of Justice, *Progress Report of the Department of Justice's Task Force on Intellectual Property*, 2006, pp. 25-29.

en vigueur[45]. Cette réglementation étend la portée des droits de propriété intellectuelle assujettis à l'action des autorités douanières. En plus des marchandises de marque contrefaite et des marchandises pirates portant atteinte aux droits d'auteur, telles que définies par l'Accord sur les ADPIC[46], la portée de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle est étendue de façon à inclure, entre autres, les biens portant atteinte à un brevet, un certificat supplémentaire (protection des végétaux et des produits médicaux) et des indications géographiques.

La réglementation étend également la portée des actions que pourraient entreprendre les autorités douanières en matière de mesures appliquées à la frontière. Les actions possibles comprendront la suspension de la distribution des marchandises sur le marché européen, la retenue des marchandises pendant trois jours ou la destruction des biens sans attendre le résultat des procédures juridiques finales avec l'accord du détenteur ou le déclarant[47]. La réglementation prévoit certaines mesures de sauvegarde contre l'usage abusif de mesures à la frontière et des droits pour le déclarant, l'importateur ou le destinataire des biens. Par exemple, en vertu de l'article 4 du règlement 1383/2003 du Conseil, les autorités douanières n'agissent qu'à la demande du détenteur de droits. Les autorités douanières peuvent également demander au détenteur de droits de leur fournir les informations dont elles pourraient avoir besoin pour confirmer leurs soupçons concernant l'atteinte aux droits de la marchandise avant d'entreprendre quelqu'action que ce soit. L'importateur, le détenteur ou le destinataire de la marchandise peut obtenir la mainlevée si les procédures menant à une décision n'ont pas abouti en 10 jours.

Cependant, il est normal d'être préoccupé par les effets potentiels de l'extension du pouvoir des représentants de la douane en matière de mesures à la frontière. Le danger potentiel est illustré par l'usage stratégique par la multinationale américaine Monsanto Co de la législation européenne sur l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. En effet, Monsanto Co a engagé des poursuites judiciaires pour violation d'un brevet contre les importateurs de mêlée de soja du Danemark, des Pays Bas, du Royaume Uni et de l'Espagne[48]. La multinationale américaine voulait encaisser des redevances sur les importations de mêlée de soja argentin en se fondant sur le brevet européen sur le soja anti-glyphosate de la société. Elle prétendait qu'il s'agissait d'importations illégales étant donné que la mêlée de soja était fabriquée à partir de graines de soja que les agriculteurs argentins utilisaient sans payer de redevances. La Commission européenne a donné son opinion d'expert selon laquelle les produits à base de graine de soja ne sont pas couverts par les brevets européens détenus par Monsanto. Cette dernière a demandé aux représentants de la douane dans les différents ports de l'Union européenne de saisir les cargaisons de mêlée de soja provenant d'Argentine. Etant donné que la réglementation commune concernant l'intervention des autorités douanières liées à l'atteinte de droits de propriété intellectuelle N° 1383/2003 a étendu la portée de façon à inclure l'atteinte au droit des brevets et aux obtentions végétales, Monsanto Co. a pu temporairement empêcher les cargaisons d'entrer sur le territoire européen, ce qui a entraîné des pertes importantes à la fois pour les exportateurs argentins et les importateurs européens, dont les frais juridiques et les coûts d'entreposage de la marchandise retenue au port. Récemment, le tribunal espagnol[49] et la Haute Cour du Royaume Uni[50] ont donné tort à Monsanto.

Les réglementations sur les mesures à la frontière et leurs conséquences en termes d'obstacles au commerce légitime seront peut-être non conformes avec l'Article 41 de l'Accord sur les ADPIC et les dispositions pertinentes du GATT. La Commission européenne a établi qu'il faudrait produire un rapport

---

[45] Union européenne, Règlement (CE) N° 1383/2003 du conseil du 22 juillet 2003. Voir également Règlement (CE) n° 1172/2007 de la Commission N° 1891/2004 du 21 octobre 2004 arrêtant les dispositions d'application du règlement (CE) n° 1383/2003.

[46] OMC (1994), Accord sur les ADPIC, Article 51, note de bas de page 14.

[47] Union européenne, Règlement (CE) N° 1383/2003 du conseil du 22 juillet 2003, Article 4.

[48] El-Amin , Ahmed, 2006, "Soya imports delayed as Argentina fights Monsanto over GM", *GRAIN*, http://www.grain.org/research/contamination.cfm?id=368

[49] Décision du tribunal du commerce de Madrid, Monsanto contre Sesostris, 6 septembre 2007.

[50] United Kingdom England and Wales High Court (tribunal des brevets) Décisions (2007), *Monsanto Technology LLC contre Cargill International S.A. & Anor* [2007] EWHC 2257 (Pat), 10 octobre 2007, http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2007/2257.html.

annuel pour évaluer la réglementation et que, lorsque cela s'avérait nécessaire, il devrait comprendre des recommandations pour son amendement.

Un autre élément de changement important pour l'Union européenne est l'adoption de la Directive 2004/48/EC sur l'application des droits de propriété intellectuelle en avril 2004. L'objectif déclaré de la Directive est de « rapprocher ces législations afin d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur. »[51] Cette Directive s'applique à tout atteinte aux droits de propriété intellectuelle (harmonisés en Europe), y compris ceux qui ne sont pas compris dans l'Accord sur les ADPIC comme les modèles d'utilité ou le droit « sui generis » sur la production de bases de données, et établit des mesures correctives et recours qui doivent se trouver dans le droit civil. Parmi les éléments de type ADPIC-plus de la Directive, on compte : (1) l'habileté des autorités à saisir les éléments probants concernant les soupçons relatifs à l'atteinte aux droits et à la marchandise suspectée, (2) l'obligation pour les tribunaux de fournir de l'information sur la source des marchandises portant atteinte aux droits, (3) une injonction interlocutoire (préliminaire) qui peut être prononcée avant la décision concernant le fondement juridique d'une affaire, (4) la saisie des comptes bancaires et d'autres actifs et profits du contrevenant afin de garantir le paiement dû pour compenser les dommages (5) Le rappel des marchandises portant atteinte aux droits aux frais du contrevenant, et (6) présenter un choix au titulaire de droits entre un paiement forfaitaire pour les dommages subis (qui peut aller jusqu'au double des redevances normales ou les redevances de licences) ou une compensation pour le manque à gagner.

On souligne dans la Directive que cette dernière ne devrait pas être utilisée pour restreindre indûment la concurrence d'une façon qui soit contraire au traité établissant la Communauté européenne[52]. La Commission européenne a adopté plusieurs mesures pour assurer la mise en oeuvre de la Directive, y compris la signature d'accords de coopération avec les représentants commerciaux les plus importants, comme les compagnies aériennes, les sociétés de transport maritime et les sociétés de transport rapide en vue d'améliorer l'échange d'information sur le trafic des contrefaçons[53].

Les efforts récemment déployés dans le domaine de l'application des droits de propriété intellectuelle dans l'Union européenne sont surtout liés à la Directive portant sur les mesures pénales visant à assurer l'application des droits de propriété intellectuelle[54]. Cependant, la tentative d'harmoniser les droits de propriété intellectuelle et de mettre en œuvre des sanctions pénales sévères dans le cadre de leur application rencontrera des difficultés certaines considérant les différences qui existent dans les systèmes et politiques juridiques des pays européens.

Après de longs débats, la proposition initiale de la Directive qui était très stricte et qui prévoyait l'application de sanctions et de mesures correctives pénales pour la violation des droits des brevets a dû être révisée. La résolution législative du Parlement européen relative au dernier projet de Directive sur les mesures pénales a amendé et clarifié plusieurs dispositions de la Directive[55]. Par exemple, on y clarifie que la Directive ne s'applique pas à la violation de droits de propriété intellectuelle liés à des modèles d'utilité et à des certificats complémentaires de protection, à l'importation parallèle de marchandises originales commercialisées dans un pays tiers avec l'accord du titulaire du droit. On y demande également aux [56] Etats membres de s'assurer que les droits des accusés soient dûment protégés et garantis. Selon cette résolution, les Etats membres doivent également veiller à interdire et à sanctionner toute utilisation abusive de menaces de sanctions pénales en particulier lorsque des mesures pénales sont utilisées pour faire respecter les dispositions de droit civil. La justification évoquée pour cet amendement est la suivante :

---

[51] Union européenne, Directive 2004/48/EC du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, 30.4.2004 *Journal officiel de l'Union européenne* L157/47, préambule, par. 10.
[52] *Ibid*., préambule, par. 12.
[53] United Kingdom Central Government (2005), p. 25.
[54] Les pays européens continuent également d'explorer la possibilité d'établir un Accord sur le règlement des litiges en matière de brevets européens optionnel. L'accord proposé établirait un système judiciaire des brevets européen et son organe, la Cour européenne des brevets.
[55] Parlement européen (2007a), P6_TA(2007)0145.
[56] Parlement européen (2007b), A6-0073/200.

> La possibilité dont dispose le titulaire d'un droit de décourager les auteurs potentiels d'infractions (c'est-à-dire les concurrents) est d'autant plus grande qu'il peut les menacer de sanctions pénales. Le droit international et le droit européen exigent la prévention des abus des droits de propriété intellectuelle, car les abus faussent la concurrence (…).[57]

L'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne l'application des droits de propriété intellectuelle dans l'Union européenne est fragmentée. Cependant, une décision clé en Finlande dans une affaire pénale impliquant la distribution d'un programme informatique pour contourner les mesures de protection technologiques efficaces des DVD pourrait constituer un précédent si elle est confirmée par des organes d'appel. Dans cette affaire, le tribunal a décidé que les mesures de protection touchées dans ce cas par le programme informatique distribué par l'accusé n'était pas efficaces dans la mesure où elles ont déjà été contournées auparavant et la conduite faisant l'objet de la plainte n'est pas considérée comme ayant causé ni même un vide minime dans la protection par rapport aux circonstances existantes[58]. Dans d'autres affaires, le tribunal belge a décidé que les fournisseurs de services Internet devraient installer un filtre pour empêcher le partage illégal de matériel protégé par les droits d'auteur dans des espaces d'échange de documents poste-à-poste.[59]

Le fait que l'on considère de plus en plus en Europe qu'il existe une interaction entre la loi sur la concurrence et la loi sur la propriété intellectuelle risque d'avoir un effet sur le cadre actuel relatif à l'application des droits de propriété intellectuelle. En effet, la Commission européenne a rendu plusieurs décisions clés récemment liées à la concurrence et aux droits de propriété intellectuelle. L'affaire *IMS Health* porte sur le refus d'octroyer une licence d'utilisation pour une base de données sur laquelle un droit d'auteur subsiste malgré une offre pour la licence à titre onéreux. La Cour européenne de justice a déclaré que pour qu'un refus de licence d'utilisation soit abusif il faut que trois conditions cumulatives soient remplies: (1) le refus a empêché l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs ; (2) le refus de licence n'était pas justifié par des considérations objectives ; et (3) le refus est de nature à exclure tout concurrence sur un marché dérivé[60].

Dans l'affaire contre Microsoft, la Commission européenne a rejeté l'argument de Microsoft selon lequel ses droits de propriété intellectuelle devraient justifier le maintien d'une discrétion absolue en ce qui concerne l'octroi de licences relatives à ses produits, sans tenir compte de la loi antitrust. La Commission est arrivée à la conclusion que le manque d'interopérabilité ne laisse pas aux consommateurs le loisir de choisir leur produit. Ainsi, si la stratégie de Microsoft arrivait à ses fins et si le comportement anti-concurrentiel de l'intéressée ne subissait aucune entrave, les nouveaux produits seraient confinés à une existence de niche ou ne seraient pas rentables du tout, il y aurait peu de possibilités d'innovation et ces raisons supplanteraient la simple protection des intérêts propriétaux de Microsoft[61]. La Cour européenne a confirmé la décision de la Commission et Microsoft a déclaré qu'elle respecterait la décision.

Récemment la Commission européenne a lancé une enquête sur l'industrie pharmaceutique en Europe pour vérifier si les sociétés avaient adopté des pratiques anti-concurrentielles y compris un abus volontaire des droits de brevets ou encore des ententes entre compagnies lors d'un différend sur un brevet pour éviter la concurrence[62]. Jusque-là, cette enquête a donné lieu à plusieurs inspections surprises des bureaux des compagnies pharmaceutiques basées en Europe comme Pfizer and GlaxoSmithKline. Une des

---

[57] *Ibid*., Amendement 12, Article 2.

[58] Helsinki District Court (2007), 07/4535, Public Prosecutor contre Rauhala et X, (Méfait caractérisé par l'atteinte à une mesure technologique), 5 février 2007.

[59] Intellectual Property Watch (2007).

[60] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0418:FR:HTML.

[61] Décision de la Commission du 24.03.2004 relative au processus prévu par l'Article 82 du Traité de la Commission européenne (Affaire Comp/C-3/37.792 Microsoft), 21 avril 2004, par. 694, 700 et 724.

[62] Communiqué de presse européen IP/08/49, « Ententes et abus de position dominante: la Commission lance une enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique et procédera dans ce cadre à des inspections surprises », Bruxelles, 16 janvier 2008.

préoccupations qui a encouragé le lancement de cette enquête est la baisse du nombre de produits pharmaceutiques entrant sur le marché par rapport au grand nombre de brevets octroyés.

Bref, l'Union européenne tente fortement d'harmoniser les mécanismes juridiques et de faciliter l'application des droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'une règle communautaire. L'effort de l'Union européenne en matière d'application des droits de propriété intellectuelle est soutenu par le Parlement européen qui tente de s'assurer que les règlementations de la Commission européenne respectent le processus prévu, qu'elles équilibrent les intérêts et qu'elles prévoient des mécanismes de sauvegarde. De plus, l'Europe occupe de plus en plus la première place en termes de réglementation de la concurrence, du moins dans les affaires avec Microsoft.

III.3 La politique étrangère des Etats-Unis et de l'Union européenne

Il existe plusieurs initiatives dans les pays développés qui ont pour cible l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement et dans les économies en transition. D'ailleurs l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers constitue l'objectif principal de la politique étrangère et le moteur de la coopération trilatérale entre l'Union européenne, le Japon et les Etats-Unis sur les droits de propriété intellectuelle. La dernière initiative de la triade a été de négocier un nouveau traité international anti-contrefaçon, connu sous le nom de Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC) avec leurs principaux partenaires commerciaux[63]. L'objectif déclaré de l'accord est de lutter contre la façon en « renfor[çant] [de] la coopération internationale, ce qui aboutira à des normes harmonisées et une meilleure communication entre les autorités (…) défini[ssant] des pratiques communes de mise en œuvre, l'objectif étant de favoriser une forte protection des droits de propriété intellectuelle (…) et en créa[nt] [d']un cadre juridique moderne et solide qui reflète l'évolution du vol de propriété intellectuelle dans l'économie mondialisée. »[64]
La position des Etats-Unis sur ce qui est de l'application des droits de propriété intellectuelle est claire: « l'objectif est de réduire la piraterie grâce à des lois strictes et à leur application dans le monde entier, et de s'assurer que la protection demeure effective lorsque la technologie se développera » [65].

De la même façon, la politique de l'UE montre que cette dernière considère légitime d'utiliser des positions de pouvoirs asymétriques dans l'économie mondiale pour poursuivre sa politique sur les droits de propriété intellectuelle[66]. La commission européenne a adopté une stratégie pour l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers en 2005[67]. Elle prévoit plusieurs domaines d'action tels que :

1. Effectuer régulièrement des enquêtes pour mettre à jour une liste de pays où il est prioritaire de mettre en œuvre la stratégie ;
2. La possibilité de lancer une initiative dans le cadre du Conseil des ADPIC, en insistant sur le fait que la mise en oeuvre dans les lois nationales des exigences prévues par l'Accord sur les ADPIC s'est révélée insuffisante pour lutter contre la piraterie et la contrefaçon, et de considérer des amendements éventuels de l'Accord sur les ADPIC pour que les pays appliquent des mesures à la frontière non seulement sur les importations, mais également sur la marchandise en transit ou à l'exportation ;
3. Mettre en œuvre pleinement et renforcer les accords bilatéraux de coopération douanière avec la Chine, les Etats-Unis, le Japon et d'autres partenaires commerciaux ;
4. Faire évoluer l'assistance technique d'une assistance guidée par la demande vers une intervention reposant sur le dialogue et, dans le cas des « pays de production », tous les

[63] USPTO (2007), communiqué de presse.
[64] Communiqué de presse, IP/07/1573, 23 octobre 2007.
[65] Représentant américain au commerce, page Internet « Work on Intellectual Property », dernière consultation décembre 2007.
[66] Braithwaite et Drahos (2000), p. 27-33.
[67] Direction Générale du Commerce de la Commission européenne (2004).

programmes de coopération devront mettre l'accent non plus sur l'aide à l'élaboration de la législation, mais sur une stratégie davantage axée sur la mise en œuvre de cette législation, notamment au moyen de programmes de formation destinés aux magistrats, à la police et aux fonctionnaires des douanes. La stratégie vise également à améliorer le dialogue avec les organisations internationales afin de s'assurer que leur assistance technique est compatible avec la stratégie pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle ;

5. Considérer le règlement de différends commerciaux et des sanctions dans le cadre de l'OMC.

Dans le cadre de STOP!, à la fois les Etats-Unis, le représentant américain au commerce et le Département d'Etat favorisent activement l'adoption de meilleures pratiques, le partage d'information, la simplification des procédures et le renforcement des efforts en matière d'assistance technique pour faire respecter les droits à l'échelle internationale. Ces efforts comprennent de nouvelles initiatives dans le cadre de forums multilatéraux pour améliorer l'environnement des droits de propriété intellectuelle internationaux, comme le G-8, le Sommet Etats-Unis - UE, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Conseil de coopération économique Asie-Pacifique et le Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité (Canada et Mexique).

III.3.1 Assistance technique bilatérale

Les Etats-Unis et l'UE utilisent l'assistance technique comme moyen de renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers. Selon l'Article 67 de l'Accord sur les ADPIC, les pays développés doivent fournir de l'assistance technique aux pays en développement et aux pays les moins avancés (PMA). Or, l'examen des communications présentées par les pays développés au Conseil sur les ADPIC montre que la plus grande part de l'assistance technique fournie maintenant a pour but de renforcer la capacité des pays en développement à faire respecter les droits de propriété intellectuelle[68].

Le gouvernement des Etats-Unis a offert des formations complètes en Chine et dans le reste de l'Asie, en Amérique latine et dans les Caraïbes, en Afrique et au Moyen Orient, etc. La formation comprenait des ententes et des discussions entre agences, des formations universitaires et des séminaires, et même un programme sur l'application des droits de propriété intellectuelle pour les juges de la Cour suprême et de la Cour d'appel de 23 pays[69]. Des opérations conjointes et une coordination internationale en matière d'application des droits avec d'autres pays ont également eu lieu. La première opération conjointe avec la Chine a entraîné l'arrestation et la poursuite de ressortissants américains en Chine pour le commerce et la contrefaçon de DVD[70]. De plus, les Etats-Unis ont augmenté le nombre de leurs représentants officiels à l'étranger chargés exclusivement de l'application des droits de propriété intellectuelle.

III.3.2 Mécanisme unilatéral lié au commerce

Parmi les outils de politique étrangère des pays développés, on compte l'utilisation à la fois du mécanisme d'examen unilatéral du commerce et du mécanisme de règlement de différends de l'OMC. Les difficultés que rencontrent les pays en développement en matière d'application des droits de propriété intellectuelle sont exacerbées par le fait que leurs efforts dans le domaine ne sont pas uniquement mesurés par leur respect des obligations liées à l'application des droits prévues par l'Accord sur les ADPIC mais également par les *résultats* qu'ils ont obtenus[71]. Les activités clés comprennent les examens spéciaux 301 des

---

[68] D. Matthews et V. Munoz-Tellez (2006), p. 629-653.

[69] United States National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council (2005), pp. 48-60.

[70] United States Department of Justice (2006), p. 27.

[71] En tant qu'ancien représentant américain au commerce, Robert Zoellick a souligné dans une déclaration qu'il a faite à l'occasion du Electronics Industries Alliance 2004 Government – Industry Dinner, qui a eu lieu le 25 mai 2004, la stratégie des Etats-Unis « n'a pas pour objectif principal les processus, mais l'obtention de résultats qui créent des possibilités pour les compagnies et les travailleurs américains. »

partenaires commerciaux des Etats-Unis, l'examen provincial spécial de la Chine et l'engagement continuel avec la Russie par des voies à la fois bilatérales et multilatérales. Les Etats-Unis maintiennent un mécanisme d'examen pour la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle dans d'autres pays intitulé « Spécial article 301 »[72]. Les mécanismes du règlement de l'UE sur les obstacles au commerce sont également des outils clés pour influencer les pays à augmenter l'application de leurs droits de propriété intellectuelle. Ainsi, bien qu'il soit de l'obligation de base de tous les membres de l'OMC de faire passer toute controverse liée aux droits de propriété intellectuelle par la procédure multilatérale prévue par l'Article 23 du Mémorandum d'accord sur les règlements de différends, les Etats-Unis continuent de menacer d'appliquer des sanctions découlant de déterminations unilatérales effectuées dans le cadre de l'examen de l'article 301[73]. Pour les Etats-Unis, afin que les pays en développement puissent bénéficier de programmes de commerce préférentiel, ils doivent fournir une protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle. Cependant, l'interprétation de ce qui constitue une application des droits relève du pouvoir discrétionnaire des Etats-Unis.

Si les mécanismes unilatéraux, ainsi que la coopération entre les Etats-Unis et l'UE créent la pression nécessaire pour que les mesures relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle soient adoptées, les accords de libre-échange et le mécanisme de règlement de différends de l'OMC garantissent la conformité avec les règles. Les négociations les plus actives sur les droits de propriété intellectuelle ont actuellement lieu à l'échelle bilatérale, principalement dans le cadre d'accords de libre-échange. Ces accords ainsi que les changements qui en découlent en matière de normes relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle seront analysés au chapitre suivant. Notons simplement ici qu'un pan entier de la stratégie des Etats-Unis liée aux accords de libre-échange a pour but de rendre les normes liées aux droits de propriété intellectuelle ainsi que leur application plus strictes. Pour les sociétés américaines puissantes, la négociation de chaque accord de libre-échange est une occasion de faire pression sur le gouvernement pour que ce dernier prône de nouvelles normes encore plus strictes, qui servent de précédent aux politiques sur les droits de propriété intellectuelle à venir[74]. De plus l'entrée en vigueur de la loi sur le commerce de 2002, valide jusqu'en juillet 2007, a consolidé le lien entre les représentants du gouvernement chargés de l'élaboration de politiques sur les droits de propriété intellectuelle et les groupes de l'industrie[75].

III. 4 Le rôle de l'industrie dans les décisions relatives à la structure des moyens de faire appliquer les droits de propriété intellectuelle

L'adoption de l'Accord sur les ADPIC à l'OMC a été le résultat direct des demandes des secteurs de la technologie de l'information, de la biotechnologie, des produits pharmaceutiques, des loisirs et des semi-conducteurs des pays industrialisés[76]. Ces industries continuent de jouer un rôle clé dans la mise en oeuvre de l'accord ainsi que dans l'élévation du niveau des normes de protection et dans l'application des droits de propriété intellectuelle. Le discours national et international actuel des industries dans les pays développés est important pour comprendre l'évolution des politiques et les approches adoptées par les gouvernements.

---

[72] Article 301 de la Loi sur le commerce de 1974, telle qu'amendée.

[73] Pendant les négociations sur le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dans le cadre du Cycle d'Uruguay, d'autres pays de la Quadrilatérale (UE, Japon et Canada) et les pays les plus importants du monde en développement ont convenu de l'Article 23 pour mettre fin à l'unilatéralisme des Etats-Unis et examiner avec soin les actions grâce à un système multilatéral. Cependant, en 2000, les composantes essentielles de l'Article 301 ont été contestées sans succès par les communautés européennes. Voir OMC (2000), Rapport du Groupe spécial, Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, DSR 2000:II, 815.

[74] ITAC (2004a), p.4.

[75] Selon l'Article 2104 (e) de la loi sur le commerce de 2002, des comités consultatifs indépendants remettent au Président, au représentant au commerce et au Congrès un rapport détaillé qui doit comprendre un avis consultatif sur si l'accord promeut ou non les intérêts économiques des Etats-Unis et si oui, dans quelle mesure.

[76] L'Accord sur les ADPIC a été adopté à l'issue du Cycle d'Uruguay des négociations commerciales multilatérales en 1994, comme partie intégrante de l'Engagement unique.

Du point de vue de l'industrie, le discours international est un élément important dans la stratégie qui vise à établir des normes harmonisées en matière de la protection conférée par les droits de propriété intellectuelle et de leur application, normes qui suivent le modèle normatif des Etats-Unis, de l'UE et du Japon, qui dépassent les obligations de l'Accord sur les ADPIC. Les groupes industriels et les pays développés défendent agressivement une approche stricte de l'application des droits de propriété intellectuelle, indûment limitée à défendre les intérêts des titulaires de droits[77]. L'objectif est d'établir un cadre international qui empêche les atteintes aux droits de propriété intellectuelle conférés par l'Etat et d'aider les titulaires de droits à obtenir rapidement et de façon efficace des dédommagements lorsqu'une atteinte a lieu. Il s'agit de réduire les coûts de l'application des droits de propriété intellectuelle, de la rendre plus facile et plus sécuritaire et d'optimiser les chances des entreprises de faire des profits grâce à l'exportation de leurs produits fondés sur les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'approche qu'a l'industrie de l'application des droits de propriété intellectuelle, qui tranche avec l'approche de la politique publique qui prend en considération des questions plus générales que les intérêts commerciaux dans l'élaboration de politiques, constitue une des plus grandes difficultés à laquelle doivent faire face les systèmes nationaux de droits de propriété intellectuelle, notamment dans les pays en développement.

Le discours actuel de l'industrie, qui se répercute dans les positions officielles des Etats-Unis et de l'UE, a pris une nouvelle forme très particulière: une campagne mondiale gigantesque contre la piraterie et la contrefaçon fondée sur les allégations de pertes de l'industrie. Il est important de noter le langage et les liens spécifiques dans le discours. Par exemple, non seulement ils ne font aucune distinction entre le type et la portée de l'atteinte ni le domaine dans lequel elle se produit, mais en plus les arguments cherchent en général à connecter la piraterie et la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle au vol, aux activités criminelles, au crime organisé et au terrorisme. Bien qu'il existe certainement des cas où ce lien existe effectivement, ce genre d'amalgame donne une fausse idée de ce qu'est l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et leur application.

Si les termes *contrefaçon* et *piraterie* ne répondent pas à une seule définition convenue et sont utilisés de différentes façons, les associations commerciales internationales, les gouvernements des pays développés et l'OMPI utilisent *contrefaçon* pour ce qui est de l'atteinte aux marques de commerce et *piraterie* pour ce qui est de l'atteinte des droits d'auteur et droits connexes. Cependant, on redéfinit depuis récemment ces termes de façon à ce qu'ils comprennent l'atteinte aux droits conférés par un brevet, qui n'était pas comprise dans la définition de contrefaçon et de piraterie de l'Accord sur les ADPIC. En ce qui concerne les œuvres protégées par les droits d'auteur, il est dit que la piraterie a principalement lieu par le biais de médias numériques, par exemple, DVD, CD, ainsi que par le biais de la distribution numérique de films, de musique et de logiciels sur Internet. En ce qui concerne les marques de commerce, on affirme que la contrefaçon à principalement lieu dans le domaine des vêtements, des chaussures, des appareils électroniques et des produits pharmaceutiques.

Les sociétés puissantes qui ont des intérêts économiques importants font pression sur les gouvernements pour que ces derniers mettent en place des cadres juridiques complexes dans les pays en développement. Notons à ce sujet que, jusqu'à récemment, de nombreuses activités de piraterie et de contrefaçon étaient légales dans la plupart des pays, y compris des pays développés (par exemple, le contournement de système de cryptage des DVD). Ce n'est que dernièrement que ces actes sont devenus illégaux et considérés comme des atteintes graves et des actes criminels. Bien qu'il soit clair que les atteintes graves aux droits de propriété intellectuelle devraient être sanctionnées, l'excès de réclamations pour contrefaçon fondées sur les manques à gagner et sur une interprétation au sens large des règles liées à l'application des droits de propriété intellectuelle sans un mécanisme équilibré qui favorise la concurrence est une difficulté croissante à laquelle doivent faire face les pays en développement[78]. Selon la loi sur

[77] La page Internet de l'OMPI sur l'application des droits de propriété intellectuelle définit l'application des droits de propriété intellectuelle comme le fait de « s'assurer que les droits qu'il a obtenus dans le cadre du système de propriété intellectuelle seront respectés », http://www.wipo.int/enforcement/fr/faq/general/faq01.html, (dernière consultation en août 2006).

[78] Commission britannique des droits de propriété intellectuelle (2002a), p. 167

l'application des droits de propriété intellectuelle proposée par les Etats-Unis, une tentative d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle peut également donner lieu à une responsabilité pénale. Une approche similaire a été proposée, sans succès, dans la deuxième directive européenne sur la propriété intellectuelle.

Un domaine qui est également problématique est celui de la justification et des données relatives à l'étendue et aux effets de la contrefaçon et de la piraterie internationales. S'il est nécessaire que les revendications liées à l'atteinte des droits de propriété intellectuelle soient fondées sur des éléments de preuve suffisants, les Etats-Unis et l'UE évaluent l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement en se fondant principalement sur les allégations de pertes présentées par leurs compagnies, qui elles fondent leurs estimations sur leurs propres études. Or, les études des sociétés sont très souvent subjectives et fondées sur des méthodologies incertaines et des actes de procédures particuliers[79]. En effet, les estimations des niveaux de contrefaçon et de piraterie sont imparfaites et tendent à les surévaluer. De plus, la difficulté à estimer les niveaux de contrefaçon et de piraterie est aggravée par le fait que les définitions apparaissant dans l'Accord sur les ADPIC ne sont pas souvent utilisées. Le problème de rendre compte des niveaux de contrefaçon et de piraterie et de la surévaluation de la plupart des chiffres fournis par l'industrie ont été confirmés dans les rapports d'experts publiés récemment qui ont donné lieu au Rapport de l'OCDE de 2007 sur la contrefaçon et la piraterie[80].

Par exemple, la plupart des devis supposent que les ventes de contrefaçons et de biens piratés réduisent les ventes légitimes, sans tenir compte de comment le prix et les comportements d'achat sont influencés par une protection accrue de la marque de commerce et des droits d'auteur. De la même façon, la méthodologie utilisée dans les études pour calculer le niveau des atteintes des droits de propriété intellectuelle dans les pays étrangers est largement fondée sur l'opinion de l'industrie. Cette méthode ne tient pas compte de la conduite des organisations commerciales et d'entreprises au moment de fixer des prix ou lorsqu'elles augmentent les prix de façon arbitraire et elle constitue une difficulté pour les pays en développement.

Les tendances actuelles en matière de promotion de l'application des droits de propriété intellectuelle, qui sont fondées sur des politiques qui ne visent que les intérêts d'un groupe réduit, augmentent les besoins en ressources humaines et financières, remettent en cause l'élaboration d'une politique publique équilibrée et ne tiennent pas compte des comportements et des pratiques des sociétés. Les difficultés créées par le discours actuel sont gigantesques, dans la mesure où il est tenu au niveau de l'exercice de pouvoir très coordonné de l'UE et des Etats-Unis et qu'il est poursuivi et influencé par des mécanismes unilatéraux d'examen commerciaux et grâce aux processus multilatéraux (y compris le Conseil de l'ADPIC et l'OMPI) et aux accords de libre-échange.

III. 5 Tendances récentes dans les pays en développement

De nombreux pays en développement ont commencé à mettre en oeuvre l'Accord sur les ADPIC en 2000, au moment de la fin de la période de transition qui était prévue par l'Accord. Les PMA ne doivent pas mettre en œuvre les dispositions de l'Accord sur les ADPIC avant 2013, sauf pour ce qui est des obligations relatives au traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.

La tendance la plus claire dans l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement se caractérise par l'augmentation des campagnes de sensibilisation, la coordination des agences gouvernementales pour l'application des droits de propriété intellectuelle, l'établissement de tribunaux spécialisés compétents en termes de droits de propriété intellectuelle, l'adoption de différentes mesures administratives, les inspections surprises de la police et un examen détaillé des lois[81].

---

[79] Business Software Alliance (BSA) and International Data Corporation (IDC) (2004), IIPA (2004b) et Appendice B, pour les méthodologies employées. Voir également Drahos (2004), p.14.

[80] Karsten Olsen (2005), and Rapport de l'OCDE (2007).

[81] Voir par exemple, WIPO/ACE/3/16 (Chine) WIPO/ACE/3/5 (Sri Lanka) et WIPO/ACE/3/8 Rev. (Afrique du Sud).

L'établissement d'un mécanisme national pour coordonner les agences gouvernementales en matière d'application des droits de propriété intellectuelle constitue une des tendances principales depuis l'an 2000. Au Brésil, un Conseil national contre la piraterie a été établi le 1er octobre 2004; il est composé de sept agences de niveau ministériel, d'autres agences fédérales, six associations privées: Associations des oeuvres audiovisuelles (ADEPI), des phonogrammes (ABPD), des logiciels (BSA), des maisons d'édition (ABDR), du tabac, des boissons et des combustibles (secteur industriel - ETCO) et l'Association brésilienne de la propriété intellectuelle (ABPI)[82]. En Inde, on a établi un Comité de coordination international constitué de 10 ministères et départements.

Certains pays en développement établissent également des divisions dans les tribunaux exclusivement compétentes en matière de droits de propriété intellectuelle. Ainsi, la Malaisie a introduit des divisions de tribunaux uniquement chargées de l'application des droits de propriété intellectuelle en juillet 2007 et la Thaïlande a mis en place des tribunaux de propriété intellectuelle depuis 1997[83].

Les campagnes et les inspections surprises de la police sont les activités les plus importantes menées par les gouvernements pour ce qui est de l'application des droits de propriété intellectuelle. En Chine, les arrestations liées à l'atteinte des droits de propriété intellectuelle ont augmenté de 36% et les poursuites de 75% entre 2000 et 2004. Pendant cette période, 5305 affaires d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle ont été amenées devant le tribunal[84] et on utilise de plus en plus les mesures administratives pour sanctionner ces délits[85].

De plus, plusieurs pays continuent d'introduire une législation sur l'application des droits de propriété intellectuelle. Par exemple, depuis son accession à l'OMC, la Chine a adopté une législation et des interprétations judiciaires de la législation existante sur l'application des droits de propriété intellectuelle dont :

1. Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application concrète de la loi dans le traitement des affaires pénales d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle (2004 and 2007). L'interprétation a baissé la valeur économique de l'atteinte nécessaire pour le déclenchement d'une procédure pénale, a étendu la définition du complice dans l'atteinte des droits de propriété intellectuelle et a augmenté les sanctions prévues. Il n'empêche que cette interprétation de la Cour suprême a poussé les Etats-Unis a porté plainte dans le cadre du système des règlements de différends de l'OMC contre la Chine[86].
2. Règlement de la République populaire de Chine régissant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle adopté par le Conseil d'État le 26 novembre 2003 et prenant effet le 1er mars 2004. Les Etats-Unis se fondent également sur cette réglementation pour demander la constitution d'un groupe spécial sur les mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle en Chine.
3. Interprétations de la Cour populaire suprême de plusieurs questions concernant l'application de la loi dans le cadre d'un procès relatif à un différend au civil qui a pour objet les marques de commerce, édictées le 12 octobre 2002 et en vigueur à partir du 16 octobre 2002.
4. Mesures administratives visant à faire respecter les brevets, promulguées le 17 décembre 2001 par l'Office national de la propriété intellectuelle.
5. Plusieurs dispositions de la Cour populaire suprême sur l'application de la loi relative à l'arrêt des atteintes aux droits de propriété intellectuelle avant la mise en route de procédures

[82] OMPI (2006), Politiques publiques de lutte contre le piratage au Brésil, WIPO/ACE/3/14, mai 2006.
[83] Ariyanuntaka (1998), Vichai TRIPS and the Specialized Intellectual Property Court in Thailand, http://asialaw.tripod.com/articles/trips-vichai.html.
[84] Hunter (2007), 545.
[85] *Ibid*. 528.
[86] OMC (2007), WT/DS362/7.

juridiques, adoptées le 5 juin 2001 à la 1179e réunion du Comité de juges de la Cour populaire suprême de Chine[87].

L'évolution du système montre les difficultés les plus importantes auxquelles doivent faire face les pays en développement au moment de mettre en place leur système de propriété intellectuelle pour répondre aux exigences des pays développés. L'application des droits de propriété intellectuelle semble être principalement considérée comme relevant de la responsabilité du gouvernement par le biais d'agences chargées de l'application de la loi.

[87] Vous trouverez toutes les lois à l'adresse suivante: http://www.chinaiprlaw.com/english/default.htm

IV. LA STRUCTURE CHANGEANTE ET LA GOUVERNANCE DES MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

Les pays développés déploient des efforts concertés et coordonnés pour que les droits de propriété intellectuelle soient mieux appliqués à l'échelle mondiale et ce, par le biais d'actions sur le plan multilatéral, régional et bilatéral. Parmi ces dernières, on compte :

1. établir comme prioritaire l'application des droits de propriété intellectuelle dans le programme des pays du G-8 et proposer des négociations sur un nouvel accord sur la lutte contre la contrefaçon ;
2. exiger de l'OMC qu'elle fasse figurer l'application des droits à l'ordre du jour du Conseil sur les ADPIC et ce, à titre permanent ;
3. faire pression à l'OMPI pour renforcer le mandat du Comité consultatif sur l'application des droits en y ajoutant l'établissement de normes en matière de règles non contraignantes, comme l'élaboration des meilleures pratiques et de lignes directrices sur l'application des droits ;
4. augmenter la participation de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et Interpol dans l'application des droits de propriété intellectuelle, notamment grâce à l'établissement de mesures de contrôle à la frontière et le recours aux lois pénales ;
5. introduire des obligations détaillées de type ADPIC-plus dans les mesures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle prévues par les accords bilatéraux, tels que les accords de libre-échange et les accords de partenariat économique négociés entre les Etats-Unis et l'UE, d'une part, et les pays en développement, d'autre part.

IV.1 L'ordre du jour du G-8, le processus de Heiligendamm, l'OCDE et l'intérêt croissant pour un nouveau cadre international sur l'application des droits

Au Sommet du G-8 en 2006, qui a eu lieu à Saint-Pétersbourg, on a annoncé une stratégie détaillée sur l'application des droits de propriété intellectuelle, fondée sur la stratégie adoptée en 2005. La déclaration du G-8 sur la lutte contre la piraterie et la contrefaçon en matière de propriété intellectuelle a plusieurs objectifs clés, notamment :

a. maintenir l'attention sur le commerce des biens contrefaits et piratés, et convenir de projets qui favorisent une augmentation de la coordination entre l'application de la loi nationale et les autorités douanières ;
b. créer un lien entre les victimes d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les autorités nationales chargées de l'application des droits ;
c. renforcer les capacités dans les pays en développement à lutter contre le commerce de biens contrefaits et piratés ;
d. mener des recherches sur l'impact économique de la piraterie et de la contrefaçon sur les économies nationales, les marques, les titulaires de droits, ainsi que la sécurité et la santé publiques ;
e. envoyer les travaux pertinents en matière d'application de la loi (y compris la piraterie en ligne) au Groupe Lyon-Rome contre le crime et le terrorisme;

Un an plus tard, des initiatives spécifiques ont été approuvées par le G-8 en juin 2007, initiatives qui visaient à améliorer et à augmenter la coopération entre les membres du G-8, et à parvenir à des résultats concrets en matière d'application des droits [88]. Ces derniers comprennent :

a. des lignes directrices en matière de coopération entre la douane et l'application des droits aux frontières, conçues pour renforcer la coopération et la coordination entre les douanes des pays du G-8 et les autorités chargées de l'application de la loi

b. des lignes directrices en matière d'assistance technique fournie aux pays en développement sur la protection des droits de propriété intellectuelle et un mécanisme pour mieux coordonner l'assistance déjà fournie par le G-8 à ces pays et lui donner davantage de poids, de façon à renforcer leurs capacités à lutter contre le commerce de biens piratés et contrefaits et de consolider l'application des droits de propriété intellectuelle.

c. des recommandations qui ont pou but d'améliorer les actions de coopération des pays du G-8 afin de lutter contre les crimes graves et organisés liés aux droits de propriété intellectuelle, ainsi que de se fonder sur cette base pour faciliter une coopération internationale structurée dans le cadre des enquêtes et des poursuites judiciaires liées à ces crimes.

Les progrès de ces plans pilotes seront examinés lors du G-8 de 2008.

Le G-8 a également établi une équipe spéciale chargée des droits de propriété intellectuelle, qui s'occupe principalement des contrefaçons et de la piraterie, avec laquelle il examinera comment améliorer la protection et l'application de ces droits, et émettra des recommandations sur les actions à mener. Le G-8 a l'intention d'intégrer ces recommandations dans les discussions qui auront lieu dans le cadre du processus de Heiligendamm. Le G-8 a également affirmé que « bien qu'ils respectent le mandat, la fonction et le rôle des organisations multilatérales concernées, notamment l'OMC et l'OMPI, les participants au dialogue de Heiligendamm peuvent également discuter d'initiatives visant à renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle, initiatives qui ensuite seraient discutées dans le forum adéquat. »

Le processus de Heiligendamm est un nouveau dialogue de haut niveau d'une durée de deux ans entre les pays du G-8 et les pays émergeants, notamment l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Inde et le Mexique. Il aura lieu sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dominée par les pays développés. Cependant, bien que cette initiative constitue une avancée en matière du développement d'une collaboration entre le G-8 et les économies de pays en développement les plus importantes sur des questions d'importance mondiale, le souhait de faire partie de ce *club des riches* ne devrait pas être réalisé à n'importe quel prix[89].

La protection et l'application des droits de propriété intellectuelle ne sont pas parties intégrantes des questions qui constituent le dialogue de Heiligendamm. La déclaration conjointe du G-8 et des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Afrique du Sud, du Brésil, de la Chine, de l'Inde et du Mexique à Heigendamm le 8 juin 2007 indique clairement les questions spécifiques qui devront faire l'objet du dialogue[90], notamment :

- la promotion de l'investissement transfrontière pour leur intérêt mutuel;
- de promotion de la recherche et l'innovation ;
- la lutte contre les changements climatiques ;
- l'énergie;

[88] Voir la Déclaration du Sommet, *Growth and Responsibility in the World Economy*, 7 juin 2007, Sommet du G-8 à Heiligendamm. Les documents publiés dans le cadre du Sommet se trouvent à l'adresse suivante, http://www.g-8.de.

[89] Katharina Gnath (2007).

[90] Voir la déclaration conjointe effectuée par la Présidence allemande du G-8 et les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Inde et le Mexique à l'occasion du Sommet du G-8 de Heiligendamm, 8 juin 2007.

- la promotion du développement, notamment en Afrique.

L'engagement de coopérer pour « promouvoir la recherche et l'innovation » comprend un « échange constructif de points de vue sur les expériences internationales » liées à la protection des droits de propriété intellectuelle et à la mise en œuvre de normes de protection convenues en matière de droits de propriété intellectuelle. On n'y envisage pas le renforcement de la protection et de l'application des droits de propriété intellectuelle ni de discuter des recommandations de l'équipe spéciale chargée des droits de propriété intellectuelle. Par contre, la déclaration conjointe de Heiligendamm prévoit une approche plus équilibrée du dialogue à venir, dans la mesure où elle souligne que, dans le cadre des échanges de points de vue dont il est question, « il faut considérer la protection des droits de propriété intellectuelle de paire avec les intérêts communs du genre humain afin protéger l'environnement et la santé. Rappelons à ce sujet la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique ».

La pression continue qu'exerce le G-8 pour imposer aux pays en développement de nouvelles normes d'application et de protection des droits de propriété intellectuelle risque de remettre en cause, avant même le début du dialogue, la nouvelle coopération envisagée par le processus de Heigendamm pour ce qui est de la promotion de la recherche et de l'innovation.

Le 23 octobre 2007, Le Ministère des affaires étrangères du Japon, la Commission européenne et le représentant américain au commerce des Etats-Unis ont annoncé chacun de leur côté leur intention de mettre sur pied « un nouveau cadre juridique international pour renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle »[91]. Le représentant a spécifié que l'accord n'entraînera pas de changements dans l'Accord sur les ADPIC, mais avait plutôt pour but d'établir un nouveau point de référence qui soit plus exigent auquel les pays peuvent adhérer sur une base volontaire et que les négociations relatives à ce sujet n'auront lieu dans le cadre d'aucune organisation internationale.

Selon l'Office des brevets et des marques de commerce des Etats-Unis, la raison pour laquelle on met en place un nouveau traité est que « dans le monde entier, on assiste à la prolifération de produits piratés et contrefaits, et que cette prolifération constitue une menace croissante non seulement pour le développement économique durable, mais également pour la santé et la sécurité des consommateurs. De plus, de nouvelles questions sont soulevées à l'échelle mondiale, comme l'atteinte des droits de propriété intellectuelle par le biais du commerce de biens contrefaits sur Internet. »[92] Or, cette déclaration ne tient pas compte de nombreux faits importants et omet des informations essentielles. D'abord, il n'existe pas d'éléments de preuve concluants ni sur l'étendue ni sur les effets du commerce international de produits piratés et contrefaits. Ensuite, l'usage des termes *contrefaçons* et *piraterie* ne permet pas de savoir ce que le traité va réellement couvrir. Finalement, il n'est pas mentionné dans la déclaration que de nombreux pays n'ont pas mis en œuvre les obligations internationales et n'ont pas octroyé des droits incorporés dans le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur ou le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Ainsi, afin de déterminer s'il y a « atteinte aux droits de propriété intellectuelle par le biais du commerce des biens contrefaits et piratés sur Internet », reste à savoir si ce type de droits de propriété intellectuel est protégé ou non par la juridiction concernée.

Il est également important d'analyser en détail d'autres déclarations fallacieuses, telles que: « Les pays en développement font partie des principales victimes [de la contrefaçon et de la piraterie], dans la mesure où les personnes produisant des contrefaçons, qui font passer ces biens de mauvaise qualité et dangereux, compromettent les économies émergeantes locales. » [93]

On ne peut évaluer les effets du commerce de biens de marque contrefaite, de la piraterie des droits d'auteur et d'autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble. Afin d'aborder les vrais problèmes, il faut énoncer des faits et fournir des informations claires en évitant de tomber dans le dogme et le discours persuasif. Le commerce de produits pharmaceutiques non-conformes aux normes ou

---

[91] Voir le communiqué de presse du Ministère des affaires étrangères du Japon (2007).
[92] Voir le Communiqué de presse de lOffice des brevets et des marques de commerce des Etats-Unis(2007).
[93] *Ibid*.

contrefaits est un exemple probant. Les médicaments contrefaits sont des imitations des vrais médicaments, c'est-à-dire des médicaments non conformes aux normes qui sont produits sans considération pour les bonnes pratiques de fabrication[94]. Les circuits illégaux organisés pour la vente de médicaments non conformes aux normes est un problème préoccupant à la fois pour les pays développés et en développement qui mériterait une collaboration des deux côtés. Cependant, il faudra s'assurer qu'une telle collaboration n'a aucun effet sur le commerce légal des médicaments génériques, conformément à l'Accord sur les ADPIC, à la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique et la Décision connexes du 6 décembre 2005. En effet, elle ne devrait pas offrir l'occasion aux multinationales de produits pharmaceutiques de réduire les possibilités de commerce pour les compétiteurs éventuels de pays en développement fabriquant des médicaments génériques. Bien que les médicaments génériques soient identiques chimiquement à leurs équivalents de marque, ils sont vendus beaucoup moins cher. Les problèmes posés par l'existence de médicaments contrefaits, notamment sur les marchés des pays en développement, devraient être différenciés du débat plus large sur le renforcement de l'application des droits de propriété intellectuelle à l'échelle internationale et des intérêts divergents qui y sont liés.

IV.2 Le Conseil sur les ADPIC et les protocoles d'accession

Le Conseil sur les ADPIC examine continuellement la mise en oeuvre par les pays en développement de l'Accord sur les ADPIC et des engagements qui découlent de leurs protocoles d'accession[95]. Les pays développés, en particulier, les Etats-Unis, l'UE, la Suisse et le Japon, voudraient ardemment que le Conseil sur les ADPIC joue un rôle plus important en termes de vigilance et surveille la conformité des Etats membres avec les obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC. Ils voudraient notamment que l'application des droits de propriété intellectuelle soit un point permanent à l'ordre du jour du Conseil sur les ADPIC, que ce dernier suive de près la conformité des membres avec l'Accord sur les ADPIC et en discute, et qu'il partage les expériences des pays en ce qui concerne la mise en œuvre des moyens de faire respecter les droits. Ils affirment que l'Accord sur les ADPIC attribue au Conseil sur les ADPIC le rôle de surveiller les engagements des membres.

De plus, lors des négociations des protocoles d'accession à l'OMC, on a exigé des pays ayant accédé de revoir leurs lois et parfois on les obligeait à s'engager à adopter des procédures liées à l'application des droits de propriété intellectuelle plus strictes que celles prévues par l'Accord sur les ADPIC. Cependant, il est difficile d'évaluer exactement l'impact de ces procédures d'accession de type ADPIC-plus pour chaque pays ayant accédé. On peut cependant affirmer que les obligations des membres en matière de propriété intellectuelle à l'OMC ne se limitent plus maintenant aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, mais comprennent également les engagements qu'ils ont contractés au moment de leur accession à l'OMC.

Finalement, les pays développés lancent de plus en plus d'initiatives visant à contester les efforts des pays en développement en matière d'application des droits de propriété intellectuelle, et ce, dans le cadre du mécanisme de règlement de différends de l'OMC. Les Etats-Unis ont récemment présenté une demande officielle en vertu du Mémorandum d'accord sur les règlements des différends afin que soit établi un groupe spécial pour examiner la conformité de la Chine avec les obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC.

---

[94] Definition de médicaments contrefaits se trouvant dans Pécoul, Chirac, Trouiller et Pinel (MSF), *Access to essential drugs in poor countries: a lost battle?*, JAMA, 27 janvier 1999.
[95] OMC (2005), IP/C/38.

IV.3 Comité consultatif sur l'application des droits de l'OMPI

L'exclusion de l'établissement de normes du mandat du Comité consultatif sur l'application n'a pas empêché les pays développés de faire pression pour que ce dernier travaille sur l'établissement de normes sous la forme de règles non contraignantes. En effet, aux dernières assemblées de l'OMPI de septembre 2007, l'Italie a proposé que l'on élargisse le mandat du Comité en lui confiant la tâche d'établir des lignes directrices et les meilleures pratiques en matière d'application des droits de propriété intellectuelle. Cette approche consistant à essayer d'établir des normes sous forme de règles non contraignantes, d'une part, va augmenter la pression sur les pays en développement pour qu'ils établissent des moyens de faire respecter les droits de type ADPIC-plus et, d'autre part, légitimera ces moyens qui sont en train d'être petit à petit instaurés par le biais d'accords commerciaux bilatéraux. A la dernière réunion du Comité en novembre 2007, la question du mandat du comité n'a pas été soulevée.

Les discussions au sein du Comité consultatif sur l'application devraient encore porter sur le partage des expériences nationales. Si, bien que cela semble invraisemblable, le mandat du Comité venait à être révisé de façon à comprendre une forme d'établissement de normes, quelle qu'elle soit, il serait surprenant que les pays en développement puissent participer pleinement à son développement. La participation des pays en développement au Comité demeure limitée.

Il est important que plusieurs intervenants participent au Comité pour que les discussions soient globales et non pas limitées à l'application des droits de propriété intellectuelle[96]. En effet, une partie de la mise en œuvre du Plan d'action de l'OMPI pour le développement approuvé par l'Assemblée générale en septembre 2007 exige du Comité qu'il examine la dimension du développement de l'application des droits de propriété intellectuelle et de l'assistance technique, et d'étudier des questions telles que la concurrence et le transfert de technologie dans le cadre de cette application.

IV.4 Assistance technique dans le domaine de la propriété intellectuelle

L'OMPI est l'unique organe fournissant de l'assistance technique aux pays en développement dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. L'OMC et l'OMPI ont conclu un accord sur l'octroi de l'assistance technique dans le domaine de la propriété intellectuelle, qui prévoit que l'OMPI fournira cette assistance, y compris celle relative à la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC, à ses membres et à ceux de l'OMC. Or, dans la mesure où l'application des droits est devenue une priorité pour l'industrie des pays développés et que les comités de l'OMPI exercent une influence croissante, l'assistance technique porte de plus en plus sur le renforcement de l'application des droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement. Ainsi, bien que l'assistance technique doive en principe être fournie uniquement sur demande, les programmes offerts par l'OMPI sur l'application des droits de propriété intellectuelle prolifèrent[97].

L'élaboration de principes et de lignes directrices relatives à l'assistance technique prévue par le Plan d'action de l'OMPI pour le développement offre l'occasion aux pays en développement et à l'OMPI de rediriger l'assistance technique vers un système plus axé sur le développement et fonctionnant davantage sur demande[98]. Selon le Plan d'action de l'OMPI, l'approche de la propriété intellectuelle doit s'inscrire dans le cadre d'intérêts de société généraux, en tenant notamment compte des preoccupations de développement, étant donné que, conformément à l'Article 7 de l'Accord sur les ADPIC :

---

[96] Le comité lui-même est très influencé par les groupes commerciaux faisant partie de l'industrie, comme le Anti-Counterfeiting Group, l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) et International AntiCounterfeiting Coalition (IACC). Ce n'est que récemment que des organisations non gouvernementales représentant des intérêts plus généraux ont commencé à se joindre au comité.

[97] OMPI (2004), Application des droits de propriété intellectuelle, *Rapport des activités*.

[98] OMPI, (2005), IMM/1/4.

> (…)la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations[99].

IV.5 L'organisation mondiale des douanes et Interpol

L'OMPI coordonne de plus en plus ses activités en matière d'application des droits avec d'autres organisations intergouvernementales, comme l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol). Ce qui s'est récemment passé à l'OMD et à Interpol montre également l'intérêt grandissant des pays développés à renforcer l'application des droits de propriété intellectuelle au moyen de mesures de contrôle supplémentaires à la frontière et de la criminalisation de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

L'OMD a élaboré un modèle de législation lié aux mesures à la frontière et un modèle de législation pour traiter de l'application des droits de propriété intellectuelle. L'augmentation des mesures de contrôle à la frontière risque, entre autres, de donner un pouvoir trop vaste aux autorités douanières en matière d'application des droits de propriété intellectuelle, notamment si ces dernières n'ont pas été suffisamment formées pour reconnaître les biens contrefaits ou piratés. Le risque est encore plus grand pour ce qui est de la violation des brevets, dans la mesure où les critères déterminant s'il s'agit d'une violation ou non varient énormément d'une juridiction à l'autre. Il est également possible que l'octroi de pouvoirs trop vastes aux autorités douanières pour qu'ils contrôlent les flux des importations et des exportations de biens qu'ils soupçonnent de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle crée un obstacle au commerce.

Interpol a créé une nouvelle unité chargée des atteintes aux droits de propriété intellectuelle qui pourraient être liées aux activités terroristes ou d'autres activités criminelles. Interpol qualifie la contrefaçon de marques et la piraterie des droits d'auteur d'« atteintes graves aux droits de propriété intellectuelle »[100], mais l'organisation ne fournit pas une définition claire de façon à établir les conditions qui doivent être remplies pour indiquer la présence de contrefaçon et de piraterie. Il s'agit d'une grande préoccupation pour les pays en développement et les consommateurs, dans la mesure où la portée éventuelle de la définition de contrefaçon et de piraterie peut être si grande qu'elle comprend des usages légitimes de travaux ainsi que les cas où des personnes portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle sans le savoir. Jusque-là, il n'y a pas eu d'harmonisation des portées ou des définitions de la contrefaçon, de la piraterie ou des délits liés à l'atteinte des droits de propriété intellectuelle, mais les définitions fournies par l'Accord sur les ADPIC sont suffisamment explicites et devraient être utilisées comme référence par les différentes organisations traitant de contrefaçon et de piraterie.

IV.6 L'Organisation mondiale de la santé (OMS)

Le G-8 a souligné dans sa déclaration que les biens contrefaits et piratés menacent la santé, la sécurité et les consommateurs du monde entier, notamment dans les pays les plus pauvres. Les pays ont également ajouté qu'« à ce sujet, ils saluaient le travail sur l'initiative de l'OMS visant à mettre en oeuvre le Groupe spécial international de lutte contre la contrefaçon des produits à usage médical (IMPACT) ».

Bien que cette initiative vaille la peine, les groupes de santé publique ont exprimé leurs préoccupations quant au fait que le G-8 privilégie le sujet des médicaments contrefaits au détriment d'autres questions urgentes. L'organisation non gouvernementale internationale Médecins sans frontières (MSF) a commenté

---

[99] OMPI (2007), A/43/13 REV, Annexe, par. 45.
[100] Voir la page Internet d'INTERPOL sur les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

la Déclaration du G-8 sur la promotion et la protection de l'innovation: "les médicaments contrefaits sont un danger pour la santé publique auquel le G-8 a accordé son attention. Or, on aurait dû accorder autant d'importance au besoin de médicaments génériques de qualité abordables desquels dépendent les pays pauvres. »[101]. De la même façon, les Objectifs du millénaire pour le développement ne figuraient pas parmi les priorités du G-8 et il n'était pas fait mention dans la Déclaration de haut niveau du G-8 d'autres processus importants liés aux droits de propriété intellectuelle et à l'innovation qui ont lieu à l'OMS[102].

Le Groupe spécial international de lutte contre la contrefaçon des produits à usage médical (IMPACT) a été créé en 2006 comme une coalition de décideurs « pour mettre sur pied des réseaux coordonnés au sein de pays et entre pays de façon à arrêter la production, le commerce et la vente de faux médicaments dans le monde. » La participation de représentants du gouvernement à ces réseaux est volontaire. Le Groupe spécial est composé de représentants de l'OMS, d'Interpol, de l'OCDE, de l'OMC, de la Fédération internationale de l'industrie du médicament, de l'Alliance internationale des Produits pharmaceutiques génériques, de l'Industrie mondiale de l'Automédication responsable, de l'Asociación Latinoamericana de Industrias Farmacéuticas, de la Banque mondiale, de la Commission européenne, du Conseil de l'Europe, du Secrétariat du Commonwealth, du Secrétariat de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est, de la Fédération internationale des Pharmaciens grossistes, de l'European Association of Pharmaceutical Full-line Wholesalers (Association européenne des grossistes commercialisant des gammes complètes de produits), de la Fédération internationale pharmaceutique, du Conseil international des Infirmières, de l'Association médicale mondiale, et de Pharmaciens sans frontières[103].

Bien que les Etats-Unis se soient fortement opposés à l'idée que l'OMS soit plus impliquée dans les questions qui touchent aux droits de propriété intellectuelle et la santé publique, dans le cadre du groupe de travail intergouvernemental sur la santé publique, l'innovation et la propriété intellectuelle et ont limité sa portée et son mandat, les Etats-Unis et d'autres pays du G-8 soutiennent fermement l'initiative menée par l'industrie pharmaceutique liée à l'OMS sur les médicaments contrefaits. Dans son Aide-Mémoire n° 275, l'OMS décrit le phénomène des médicaments contrefaits de crise mondiale de la santé publique[104], bien qu'il n'existe pas de données ou d'études complètes sur le sujet qui soit autre que les devis des compagnies évaluant leurs pertes. Bien que la fabrication et le commerce de médicaments contrefaits et de moindre qualité soient un véritable danger pour la santé des patients et qu'ils entravent le développement de l'industrie pharmaceutique naissante dans les pays en développement, IMPACT se limite à « sensibiliser et à mener des actions contre les faux médicaments ». Les cinq domaines sur lesquels le groupe spécial se concentre sont les suivants :

1. **L'infrastructure en matière de législation et de réglementation :** il s'agit principalement de mettre en place une législation stricte qui donne du pouvoir à la police, aux autorités douanières et au système judiciaire. L'équipe de travail doit examiner les lois qui existent dans les différents pays, ainsi que les modèles actuels qui fonctionnent et que les pays peuvent reproduire et adapter à leurs besoins. Elle s'attellera également à élaborer des principes relatifs à l'établissement d'une législation adéquate et des sanctions pénales, y compris une définition juridique claire des médicaments contrefaits.
2. **Mise en œuvre de la réglementation:** il s'agit de déterminer des moyens grâce auxquels les organismes de réglementation peuvent agir et mettre en oeuvre les mesures législatives adoptées sur les médicaments contrefaits, y compris les approches révisées, pour garantir que les normes de qualité, de sécurité et d'efficacité soient appliquées et que les chaînes de distribution soient effectivement contrôlées.

---

[101] MSF press release, "G8 declaration on innovation and intellectual property will directly harm access to medicines across the developing world", 7 juin 2007.

[102] Un Groupe de travail de l'OMS élabore actuellement une stratégie mondiale et un plan d'action pour une recherche et développement en santé essentielle qui soit adaptée aux besoins et qui porte sur des maladies qui touchent avant tout les pays en développement. Voir http://www.who.int/phi/en/.

[103] International Medicinal Products Anti-Counterfeit Taskforce (IMPACT): http://www.who.int/impact/impact_q-a/en/index.html

[104] OMS, Aide-Mémoire N° 275, "Médicaments de qualité inférieur et contrefaits", Revisé le 14 novembre 2006.

3. **Application:** il s'agit d'établir et de coordonner des actions entre les douanes, la police et le système judiciaire de différents pays pour surveiller les frontières, repérer les biens contrefaits et arrêter les personnes responsables.
4. **Technologie:** il s'agit d'aider à faciliter le transfert de technologie entre les pays développés et en développement grâce à des partenariats généraux allant des agences de santé aux fabricants et aux distributeurs de produits pharmaceutiques.
5. **Communication du risque:** il s'agit d'établir et de créer des mécanismes coordonnés et efficaces pour traiter du problème et alerter le public concerné, les intervenants et le public en général de l'existence des médicaments contrefaits dans certaines communautés et dans les différents pays[105].

L'ampleur du programme d'IMPACT laisse à penser qu'il est nécessaire de l'examiner de près et de le surveiller. Il est préoccupant de constater que l'accent est mis sur l'application des droits et la réforme des réglementations de façon à ce qu'elles comprennent des mesures d'ordre pénal pour traiter des problèmes de production et de commerce de médicaments contrefaits et que les conséquences en termes d'accès aux médicaments sont ignorées. Par exemple, comme l'a fait remarquer MSF, « La question de la contrefaçon de marque et du piratage est différente de la contrefaçon de brevets. (…) l'Accord sur les ADPIC n'impose pas de traiter la contrefaçon d'un brevet comme un délit – il exige seulement que le titulaire du brevet soit en mesure d'intenter une action en justice contre l'auteur de la contrefaçon. Si des personnes n'ont pas les moyens d'acheter la version brevetée d'un médicament d'importance vitale, elles peuvent essayer d'importer ou d'utiliser une version générique moins chère; le titulaire du brevet peut alors choisir de les poursuivre afin de faire cesser la fourniture du médicament générique. Des dispositions légales criminalisant la contrefaçon de brevets (…) pourraient déboucher sur l'envoi de médecins et de patients en prison au motif qu'ils ont tenté d'avoir accès à des médicaments financièrement abordables. De telles dispositions sont dures, extrêmes et non exigées par l'Accord sur les ADPIC. »[106]

De la même façon, la question du prix des médicaments en tant que problème sous-jacent au commerce de médicaments contrefaits ne fera pas partie de l'initiative de l'IMPACT et de l'OMS. De plus, on ne souligne pas le besoin de stimuler et d'améliorer les capacités de production locale dans les pays en développement pour garantir la qualité et la sécurité. En effet, il n'est pas clair quels moyens seront employés par IMPACT pour assurer le transfert de technologie vers les pays en développement, de façon à améliorer la production locale. Sans une surveillance adéquate, les réformes législatives et réglementaires favorisées par l'équipe de travail d'IMPACT risquent de mettre en péril la production et le commerce légitimes de médicaments génériques, entravant ainsi davantage l'accès aux médicaments.

IV.7 Accords de libre-échange et accords de partenariat économique

Les négociations les plus actives dans le domaine des droits de propriété intellectuelle ont actuellement lieu sur le plan bilatéral, notamment dans le cadre d'accords de libre-échange. Il est possible que les pays en développement s'engagent dans les accords de libre-échange pour, entre autres, renforcer les liens politiques avec les autres signataires, notamment par le biais d'un accès au marché préférentiel[107]. Les raisons pour lesquelles les pays développés favorisent le bilatéralisme sont beaucoup plus simples que

[105] *Ibid*, note 100.

[106] MSF, « Des contraintes supplémentaires : les dispositions en matière de propriété intellectuelle non exigées par l'Accord ADPIC », *Doha déraille, Rapport sur les évolutions des accords ADPIC et l'accès aux médicaments*, 10 09 2003.

[107] Dans le cas de l'accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et le Chili, par exemple, les autorités chiliennes, tout en étant conscientes des asymétries qui existent dans cet accord, considéraient sa signature comme un succès économique et politique. En effet, la consolidation du système d'échanges préférentiel des Etats-Unis accordé au Chili, assujetti à un renouvellement et des négociations périodiques, était considéré comme un accomplissement important découlant de l'accord. Voir Roffe (2004), p.4.

celles des pays en développement. Les accords de libre-échange permettent aux Etats-Unis et à l'UE de demander des concessions sur mesure aux pays en développement. De plus, grâce aux accords de libre-échange, l'UE et les Etats-Unis peuvent également passer outre les débats sans issue du Conseil sur les ADPIC et consolider les éléments clés des traités multilatéraux sur les droits de propriété intellectuelle en ciblant des pays précis dans lesquels ils ont des intérêts[108]. Cependant, les alliances commerciales bilatérales ont leurs limites pour les pays en développement et ces dernières ne peuvent être résolues qu'à l'échelle multilatérale. En effet, à mesure que les Etats-Unis et l'UE négocient des accords de libre-échange avec des pays en développement qui exportent des produits similaires, la valeur globale des préférences dont jouit actuellement chacun des pays en développement sur le marché américain et européen s'amenuisera. Il est également probable que les accords de libre-échange affaiblissent le pouvoir de négociation des pays en développement dans leur ensemble à l'échelle multilatérale. Finalement, les accords de libre-échange portent sur beaucoup de domaines très différents qui vont au-delà du commerce, comme les droits de propriété intellectuelle, dans lesquels les pays développés et en développement ont des intérêts divergents. Comme il a déjà été indiqué à plusieurs reprises, des obligations contraignantes relatives à des normes plus strictes en matière de droits de propriété intellectuelle risquent de réduire considérablement la flexibilité de réglementer les droits de propriété intellectuelle selon les priorités de chaque pays en termes de développement.

Jusqu'à maintenant, autant les Etats-Unis que l'UE ont poursuivi leur approche multilatérale en même temps que leurs mécanismes bilatéraux. La forme et l'ampleur des changements dans l'application des droits de propriété intellectuelle provoqués par les accords de libre-échange diffèrent considérablement selon qu'il s'agisse d'accords signés avec les Etats-Unis ou avec l'UE. En effet, le traitement des droits de propriété intellectuelle dans les accords signés par l'UE n'est pas aussi détaillé que les dispositions prévues par les accords de libre-échange des Etats-Unis. Il est clair que les dispositions sont de plus en plus strictes à mesure que les accords de libre-échange sont signés avec les Etats-Unis et il est rare que les dispositions s'assouplissent d'un accord de libre-échange à l'autre. Les objectifs stratégiques de l'industrie sont en train d'être atteints; cela est d'autant plus clair dans le cadre de questions qui sont encore en négociation à l'échelle multilatérale, comme celles liées à l'application technique et la considération des précédents comme meilleures pratiques. Les accords de l'UE exige une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle conformément aux « normes internationales les plus élevées notamment les moyens efficaces prévus par les traités internationaux pour faire valoir ces droits »[109]. En utilisant le libellé de « normes internationales les plus élevées » l'UE exige les normes les plus élevées qui ont été élaborées à l'échelle multilatérale et dans le cadre des accords de libre-échange, y compris les traités de l'OMPI, qui sont en vigueur au moment où l'obligation est acceptée. A l'instar des Etats-Unis, dans le cadre des négociations actuelles avec les pays de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), l'UE cherche à inclure des dispositions relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle de type ADPIC-plus.

Les dispositions sur les droits de propriété intellectuelle des accords signés par les Etats-Unis et l'UE sont renforcées par le recours aux mécanismes de règlement de différends qui y sont également prévus[110]. Il est possible de déclencher ces mécanismes en vertu des accords de l'UE lorsque les normes internationales « les plus élevées » protégeant les droits de propriété intellectuelle ne sont pas respectées. Dans le cas de l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Mexique, un Mécanisme de consultation sur les questions de propriété intellectuelle indépendant est prévu afin de « rechercher des solutions mutuellement satisfaisantes en cas de difficultés en matière de protection de la propriété intellectuelle. »[111]. Cet accord définit la protection comme comprenant le maintien et l'application des droits de propriété intellectuelle, ainsi que les aspects concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle[112]. Les chapitres relatifs au règlement de différends dans certains accords de libre-échange des Etats-Unis établissent explicitement l'application

[108] Morin (2003).
[109] Voir Art. 168, Accord d'association entre UE – Chile (2002).
[110] Voir, par exemple, Art. 182 de l'Accord d'association entre UE – Chile (2002).
[111] Voir Art. 40 1), Décision N° 2/2000 du Conseil conjoint CE-MEXIQUE du 23 mars 2000.
[112] *Ibid*, Art. 40 2).

des plaintes en situation de non-violation et celles motivées par une situation, qui sont suspendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC[113].

IV.7.1 Les caractéristiques principales de type ADPIC-plus dans les accords de libre-échange

L'Accord sur les ADPIC établit des normes minimales auxquelles les pays peuvent ultérieurement ajouter des éléments s'ils le souhaitent. Dans la mesure où les droits et les obligations prévus par l'Accord sur les ADPIC s'appliquent également dans le cadre des accords de libre-échange et qu'ils ne font pas l'objet d'exemption, les chapitres sur les droits de propriété intellectuelle de ces accords se basent sur les normes minimales dans des domaines spécifiques et abordent de nouveaux éléments que les industries des pays développés considèrent comme essentiels. A la fois les accords signés par les Etats-Unis et ceux signés par l'UE peuvent être considérés comme étant de type plus ou moins ADPIC-plus dans la mesure où ils comprennent un ou plusieurs des éléments suivants :

- Des dispositions qui étendent la couverture des droits de propriété intellectuelle à des domaines qui ne sont pas abordés ni par l'Accord sur les ADPIC, ni par les prescriptions entraînées par l'accession aux traités administrés par l'OMPI ou par leur ratification, ni par la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales de 1991. Ces traités comprennent le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, le Traité sur le droit des brevets, le Traité sur le droit des marques (TLT) et le Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets ;
- Des dispositions qui changent les dispositions facultatives de l'Accord sur les ADPIC relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle en des dispositions obligatoires et qui étendent la durée des brevets pour des retards causés par des processus d'approbation réglementaire ;
- Des dispositions qui étendent la portée de l'application des droits et qui prévoient un recours plus fréquent au système judiciaire pénal pour traiter des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure ;
- Des dispositions dans les chapitres sur les règlement de différends de ces accords qui établissent explicitement les plaintes en situation de non-violation et les plaintes motivées par une situation ;
- Des définitions de l'investissement dans les chapitres de ces accords portant sur l'investissement qui comprennent les droits de propriété intellectuelle comme actifs.

IV.7.2 Extension de la portée des normes relatives à l'application des droits dans les accords de libre-échange

Les dispositions générales des chapitres des accords de libre-échange des Etats-Unis sur les droits de propriété intellectuelle étendent les obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC et omettent des flexibilités importantes qui y étaient prévues, qui tiennent compte des différences entre les systèmes juridiques nationaux. On souligne dans les accords de libre-échange que les procédures relatives aux droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter sont établis conformément aux fondements des systèmes juridiques de chaque pays. Notamment, selon ces accords, à l'instar de l'Accord sur les ADPIC, l'application des dispositions ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en

[113] Voir l'Annexe 22.2 de l'Accord de libre échange ente les Etats-Unis et le Chili, l'Annexe 20.2 de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et CAFTA. Les deux accords comprennent une sauvegarde relatives aux plaintes de non-violation selon laquelle les avantages engendrés par le chapitre sur la propriété intellectuelle ne peuvent pas être invoquées concernant des mesures adoptées en vertu des dispositions d'exception générale de l'Article XX du GATT 1994.

général ; ni en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général[114]. Cependant, le nombre de nouveaux principes et réglementations prévus par les accords de libre-échange amène à se demander si les partenaires des Etats-Unis ont réellement le choix en ce qui concerne la sauvegarde de leur système juridique et la redistribution de leurs ressources pour l'application des droits de propriété intellectuelle. D'ailleurs, il est même précisé dans les accords de libre-échange que les choix effectués par les pays en matière de distribution des ressources ne pourront pas constituer une excuse à la non-conformité aux chapitres sur les droits de propriété intellectuelle[115]. En d'autres termes, l'application des dispositions sur les moyens de faire respecter les droits n'exige pas forcément, en principe, une augmentation des ressources allouées, toutefois, la mise en œuvre des accords l'exige de toute façon.

Les accords de libre-échange exigent l'accession aux traités administrés par l'OMPI et à la Convention de l'UPOV de 1991. En vertu des règlements du système de l'OMC, les droits et les obligations des Etats membres autres que ceux prévus par l'Accord sur les ADPIC découlant de traités ne seront pas appliqués grâce aux mécanismes de règlement de différends. Cependant, la première conséquence importante des accords de libre-échange est d'assujettir les plaintes de violation des obligations et de l'application des droits prévus par les traités de l'OMPI et la Convention de l'UPOV aux mécanismes de règlement des différends des accords de libre-échange.

De la même façon, bien qu'ils paraissent avantageux de primer abord, les accords de libre-échange prévoient pour les partenaires des Etats-Unis des principes de limitations des responsabilités des fournisseurs de services qui sont impliqués, par le biais de leurs installations, dans la réception et la transmission du matériel portant atteinte aux droits. Ces dispositions établissent l'équivalent en termes de fonctions des concepts et des dispositions prévus par l'Article 512 de la Digital Millennium Copyright Act de 1998 (Loi sur les droits d'auteur dans le domaine du numérique, DMCA) des Etats-Unis. En vertu des accords de libre-échange, si les normes et les principes généraux en termes de limitation des responsabilités d'un partenaire commercial ne confirment pas une limitation en faveur du fournisseur de services, il devra introduire des limitations légales similaires dans son système. Or, l'Accord sur les ADPIC n'était pas censé traiter de questions telles la limitation des responsabilités et des sujets connexes, sauf dans les cas de sanctions liées à l'utilisation par les gouvernements ou par des tiers autorisés par un gouvernement, sans l'autorisation du détenteur de droits.

Les obligations générales dans l'article sur l'application des droits de propriété intellectuelle des chapitres des accords de libre-échange portant sur les droits de propriété intellectuelle étendent les obligations relevant de l'Accord sur les ADPIC à l'article 41 et reformule les dispositions de l'Accord sur les ADPIC de façon à réduire la portée des différentes interprétations. Le principe général de loyauté et d'équité que les règles en matière d'application des droits doivent respecter dans l'Accord sur les ADPIC est absent des accords de libre-échange. Il en est de même des dispositions sur la protection contre les abus des détenteurs de droits et de la proportionnalité des mesures avec la gravité de l'atteinte[116].

Au lieu du principe général de la loyauté et de l'équité, qui est applicable et évalué au cas par cas selon les circonstances de chaque affaire, les accords de libre-échange contiennent des dispositions plus précises et plus détaillées sur l'application des droits. Cependant, ils restreignent la portée des flexibilités pour les pays qui les mettent en œuvre et redéfinissent la norme dans le cas où l'on considère que les pays ne respectent pas les dispositions. Les normes relatives à l'application des droits précises et détaillées supplantent l'Accord sur les ADPIC et permet aux Etats-Unis de contester, dans le cadre de procédures de règlement de différends, la mise en oeuvre des dispositions sur l'application des droits de l'accord et de renforcer les normes relatives aux droits de propriété intellectuelle en harmonisant les lois liées aux procédures ; ce qui est aurait été très difficile à faire dans le cadre du droit public international.

---

[114] Voir Article 15 (11) (1) et (2) de l'Accord signé avec CAFTA.
[115] *Ibid*.
[116] Comme dans les articles 41:1, 48:1, 50:3 et 53:1 de l'Accord sur les ADPIC.

Les accords de libre-échange prévoient également l'obligation de publier des statistiques relatives à l'application des droits en ce qui concerne les obligations de transparence sur la publication d'information relative à l'application des droits. Ils créent également l'obligation de faire connaître les efforts visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire la diffusion dans les médias pour la sensibilisation[117]. Cette mesure ferait passer les activités de relation publique des gouvernements de la question de l'équilibre entre les intérêts des droits de propriété intellectuelle à l'application de ces droits.

Selon l'Accord sur les ADPIC, il est préférable que les décisions soient écrites et motivées, et qu'elles soient mises à la disposition des parties à l'accord, alors que les accords de libre-échange prévoient qu'elles soient écrites, motivées, qu'elles énoncent les faits pertinents et qu'elles soient publiées ou rendues publiques[118].

Les mesures relatives à l'application des droits à la frontière sont également plus contraignantes dans les accords de libre-échange que dans l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, les parties doivent prévoir le nécessaire pour l'application des droits à la frontière sans prescriptions formelles liées au dépôt de plaintes, et les autorités compétentes doivent être habilitées à lancer une action d'office au sujet d'envois suspects, qu'ils soient importés, exportés ou en transit. Les dispositions des accords de libre-échange sur les mesures provisoires sont courtes et l'accent est mis sur les procédures sommaires, que l'on appelle également « sans que l'autre partie soit entendue ». Même dans les situations où il n'y a pas eu de dommages irréparables subis par le détenteur de droits et qu'il n'y a pas de preuve que l'on peut détruire, les autorités judiciaires devraient délivrer une injonction dans le cas où on le leur demande. Les procédures en matière de mesures provisoires ne permettraient pas aux défendeurs de se défendre contre les revendications des détenteurs de droits. Par conséquent, les autorités judiciaires, dans le cadre des procédures ordinaires de mesures provisoires et des mesures provisoires sans que l'autre partie soit entendue ont peu ou pas d'autorité pour remettre en question les revendications du plaignant relatifs aux droits et à la validité, ou pour permettre l'élaboration d'arguments contre ces revendications. Au contraire, ils doivent agir à la demande du plaignant et doivent exécuter cette demande[119].

---

[117] Représentant américain au commerce (2005),Etats-Unis- CAFTA, Article 15.11 (4).
[118] *Ibid*., 15.11 (1) et (3).
[119] *Ibid*., 15.11 (17)-(19).

Tableau 1: Mesures à la frontière en vertu des accords de libre-échange

Les mesures d'application des droits à la frontière sont plus contraignantes dans les accords de libre-échange que dans l'Accord sur les ADPIC. A la lumière de la lecture des articles 15. 11 (20-25) de l'Accord de libre-échnage entre les Etats-Unis et l'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA), les éléments suivants constituent les changements notables apportés aux normes en matière d'application des droits de l'Accord sur les ADPIC :

a) Les procédures pour la suspension de la mise en circulation des biens par les autorités douanières s'appliquent aux biens de marque contrefaite, aux biens similaires au point de créer la confusion et aux biens de droits d'auteur piratés selon la norme établie sur la protection des marques en vertu des accords de libre-échange;

b) Les parties habilitent les autorités compétentes à mener une action d'office en ce qui concerne les envois suspects, y compris les biens en transit et les exportations du pays, sans prescription aucune relativement au dépôt de plaintes formelles ;

c) Les détenteurs de droits ne fournissent que les informations suffisantes, dont on peut raisonnablement s'attendre qu'ils disposent, pour rendre les biens suspects reconnaissables par les autorités compétentes. Contrairement à ce qui est requis par l'Accord sur les ADPIC, l'information fournie par les détenteurs de droits devrait raisonnablement permettre de reconnaître les biens par les autorités compétentes par opposition à « reconnaître facilement ».

d) La prescription relative à la caution ou aux garanties équivalentes peut prendre la forme de n'importe quel instrument délivré par un fournisseur de services financiers;

e) Dans les cas où les frais d'entreposage sont évalués en relation avec les mesures à la frontière, les frais ne devraient pas être fixés à un montant qui dissuade de façon déraisonnable de recourir aux mesures à la frontière.

f) Les autorités compétentes doivent détruire dans tous les cas les biens portant atteinte aux droits, à moins que le titulaire de droits consente à s'en débarrasser autrement. Dans les cas de biens contrefaits et piratés, la seule autre possibilité pour les autorités est de les donner à des œuvres de charité si le retrait de la marque élimine l'élément contrefait de la marchandise.

g) Les dispositions ne mentionnent pas (1) l'autorité qui devra donner l'ordre d'indemniser l'importateur et le propriétaire des biens qui a subi les mesures à la frontière pour tout dommage qu'ils auraient subi à cause de la rétention injustifiée de marchandises ; (2) les procédures concernant la mise en libre circulation des biens après le dépôt dune caution par les importateurs dans l'absence de mesures provisoires ou dans les cas de procédures à la frontière retardée concernant des biens impliquant les modèles industriels, les schémas de configuration ou de l'information non divulguée; (3) durée de la rétention et (4) exceptions pour les importations *de minimis* et les exceptions pour le commerce frontalier dans le cas où un partenaire à un accord de libre-échange a démantelé la presque totalité des mécanismes de contrôle des mouvements de biens à travers les frontières dans le contexte d'une union douanière ou d'accords commerciaux avec les pays voisins.

Les accords de libre-échange soit passent sous silence plusieurs procédures qui visent à protéger des abus relatifs aux procédures d'application des droits soit laissent planer l'ambiguïté sur le sujet. Ces procédures ne constituent toutefois pas des dérogations des obligations et des droits des parties prévus par l'Accord sur les ADPIC. Les accords de libre-échange confirment les obligations et les droits des parties en vertu de l'Accord sur les ADPIC. On compte parmi les omissions : les procédures exigeant du plaignant de mettre en place, dans un délai raisonnable, les procédures régulières relatives aux revendications d'atteinte aux droits faisant l'objet d'une procédure de mesure provisoire ; l'exception prevue par l'article 44:1 concernant les injonctions relatives à un objet protégé acquis ou commandé par une personne avant de savoir ou d'avoir des motifs raisonnables de savoir que le négoce dudit objet entraînerait une atteinte à un

droit de propriété intellectuelle[120] ; les exceptions prévues par l'Article 44 :2 autorisant les jugements déclaratifs et le paiement d'une compensation adéquate lorsque les mesures correctives recommandées par l'Accord ne sont pas conformes avec les lois des Etats Membres.

Les accords de libre-échange ont étendu les procédures et les mesures correctives pénales relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle.

Tableau 2: Procédures pénales et peines dans le cadre des accords de libre-échange

Les éléments suivants sont les principaux éléments de type de ADPIC-plus des accords de libre-échange relatifs aux procédures pénales et aux peines basées sur l'Article 15:11 (18 et 20) du CAFTA.

a) Parmi les peines et les procédures pénales prévues par les accords de libre-échange, on compte les actes délibérés de piraterie de droits connexes en plus de la piraterie portant atteinte aux droits d'auteur et de la contrefaçon de marques à une échelle commerciale, ainsi que la réception puis la distribution de façon délibérée d'un programme portant un signal provenant d'un signal satellite encodé, sachant qu'il a été décodé sans l'autorisation du distributeur légitime du signal. De plus, en plus de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la fabrication, l'assemblage, la modification, l'importation, l'exportation, la vente, la location ou la distribution d'un système ou d'un dispositif matériel ou immatériel servant principalement à décoder un signal de satellite portant un programme encodé sans l'autorisation du distributeur légitime de ce signal sont considérés comme des actes criminels.

b) La norme servant à évaluer l'atteinte aux droits engendrant la responsabilité pénale est élargie et comprend les infractions délibérées qui ne sont pas motivées, que ce soit directement ou indirectement, par le profit, s'il y a plus qu'un dommage financier *de minimis*. L'application de procédures pénales doit également se faire dans le cas de l'importation ou l'exportation délibérée de biens de marque contrefaite ou piratés.

c) Les parties devraient établir des politiques ou des lignes directrices qui encouragent l'application des sanctions par les autorités judiciaires d'un niveau suffisamment élevé pour dissuader contre d'éventuels infractions. Cette prescription accorde une trop grande importance à un des objectifs des sanctions pénales (la dissuasion) plutôt que de souligner les objectifs liées à la réforme du système judiciaire.

d) La procédure relative à la réception ou à la saisie des éléments de preuve et les biens portant atteinte aux droits est élargie dans la mesure où la demande ne devra ni décrire en détail ni identifier chaque élément de preuve et chaque bien.

e) L'autorité judiciaire est élargie de façon à ordonner la confiscation de tout actif rattachable à l'activité ayant porté atteinte aux droits; la confiscation et la destruction de tous les biens de marque contrefaite ou piratés sans compensation de quelque sorte que ce soit; en ce qui concerne les actes délibérés de piraterie de droit d'auteur et de droits connexes, la confiscation et la destruction du matériel et des outils ayant servi à la création des biens portant atteinte aux droits. Les normes montrent l'intention d'établir la *dissuasion* comme objectif principal des sanctions pénales. La confiscation d'actifs rattachables à l'activié illégale peut finir également par avoir un effet sur des tiers qui ne savent pas ou n'ont aucune raison de savoir que leurs actifs loués ou d'une manière ou d'une autre utilisés par les défendeurs servent dans le cadre d'une prétendue activité criminelle.

f) Finalement, l'application du droit pénal dans les cas de contrefaçon ou d'atteinte aux droits d'auteur doit se faire d'office dans le cadre des accords de libre-échange, sans nécessairement qu'une plainte formelle n'ait été formulée par une partie privée ou par le détenteur de droits, du moins pour préserver les éléments de preuve ou pour empêcher la continuation de l'activité portant atteinte aux droits.

Les accords de libre-échange prévoient également qu'une compensation doit être versée dans tous les cas d'atteinte aux droits. Au moment de déterminer le montant de la compensation, les autorités judiciaires doivent considérer, entre autres, la valeur du bien contre lequel il y eu atteinte aux droits selon un prix au

[120] *Ibid*. Article 15.11 (15) – qui ne comprend pas l'exception de l'utilisation de bonne foi.

détail indicatif ou toute autre mesure légitime présentée par le détenteur de droits. En vertu des accords de libre-échange, dans tous les cas les manques à gagner doivent être calculés dans les dommages[121]. Si selon l'accord de libre échange entre les Etats-Unis et le Chili et celui entre les Etats-unis CAFTA, on habilite les tribunaux à ordonner la destruction des biens portant atteinte aux droits à leur discrétion, dans l'accord signé avec le Maroc, une demande du détenteur de droit est nécessaire[122].

En ce qui concerne la piraterie portant atteinte aux droits d'auteur, les accords de libre-échange des Etats-unis distinguent les sanctions civiles prévues pour les mesures de protection technologique et la gestion des droits numériques et celles prévues pour l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Bien qu'ils prévoient généralement des sanctions civiles pour les mesures de protection technologique et la gestion des droits numériques, les accords de libre-échange prévoient particulièrement :

a) Les mesures provisoires, y compris la saisie des dispositifs et des produits que l'on soupçonne d'être impliqués dans une activité prohibée ;

b) Les dommages réels ainsi que tout profit attribuable à l'activité prohibée qui n'ont pas été pris en compte dans le calcul des dommages ou dans les dommages préétablis;

c) Paiement au détenteur de droits gagnant (plutôt qu'à la partie gagnante) à l'issue des procédures judicaires civiles des frais de justice et des honoraires raisonnables d'avocat par la partie ayant adopté la conduite prohibée ; et

d) Destruction des dispositifs et des produits impliqués dans l'activité prohibée, à la discrétion des autorités judiciaires.

Les accords de libre-échange dispensent les bibliothèques, les archives, les institutions académiques et les entités publiques de radiodiffusion d'un jugement s'il s'agit d'organisations à but non lucratif et si elles peuvent prouver qu'elles n'étaient pas au courant ou qu'elles n'avaient aucune raison de penser que leurs actes constituaient une activité prohibée. Par contre, ils ne prévoient pas ce type de différenciation ou de limitations des responsabilités pour ce qui concerne les agences gouvernementales et leurs représentants[123].

IV.7.3 Les droits de propriété intellectuelle comme investissement

Les accords de libre-échange américains favorisent l'efficacité de l'application des droits de propriété intellectuelle en fournissant une définition ample de l'investissement, qui comprend explicitement les droits de propriété intellectuelle en tant qu'actif protégé[124]. Ils permettraient éventuellement à un investisseur de déposer une plainte en situation de non-violation ou de violation en recourant à la protection diplomatique de son Etat d'origine devant le mécanisme de règlement de différend entre Etats, ou choisir de déposer la plainte directement dans le cadre d'une procédure de règlement de différends entre Etat et investisseur, ce qui voudrait dire passer outre les processus juridiques nationaux et « donner le pouvoir à l'investisseur qui est le principal bénéficiaire des droits en vertu des accords d'investissement »[125]. Dans ces cas, étant donné que l'on fait valoir une violation ou une non-violation des droits accordés aux investisseurs, les investisseurs peuvent exiger une compensation pour l'effet des actions gouvernementales (y compris les lois et les réglementations édictées et l'*inaction* du gouvernement) relatifs aux intérêts d'investissement. Certaines des procédures liées à l'application des droits sont pertinentes pour les filiales et pour les fournisseurs de services de gestion des actifs de droits de propriété intellectuelle.

---

[121] *Ibid*. Article 15.11 (6), (7) & (8).
[122] Représentant américain au commerce (2004), Accord de libre-échange Etats-Unis – Maroc Article 15.11 (10).
[123] *Ibid*., Article 15.11 (14)
[124] Voir Art. 10.28, Accord de libre-échange Etats-Unis. – CAFTA.
[125] CNUCED (2003) *in* Correa (2004).

V. CONCLUSION: LA STRUCTURE CHANGEANTE DES MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES DIFFERENTS CHOIX DE POLITIQUES DONT DISPOSENT LES PAYS EN DEVELOPPEMENT

Dans la mesure où l'application des droits de propriété intellectuelle prend une place prépondérante dans les programmes internationaux, les pays en développement doivent élaborer, en réponse, des politiques adéquates dans le domaine. Notre recherche montre que les préoccupations concernant le commerce international de contrefaçons et de pirateries nécessitent une amélioration de la coordination et du dialogue entre le secteur privé, le gouvernement et les intervenants de la société civile afin de trouver une solution qui convienne à la fois aux problèmes d'approvisionnement et de demande. Il est également nécessaire d'assurer une plus grande cohérence entre les initiatives et les activités menées en relation avec l'application des droits de propriété intellectuelle par les différents forums et agences.

Il est également souhaitable qu'on établisse un échange continu concernant les informations, les expériences et les pratiques nationales relatives aux moyens de combattre la contrefaçon et la piraterie, de façon à permettre une meilleure compréhension des problèmes et mettre en place des programmes communs. Le partage actuel des expériences devrait être élargi pour intégrer d'abord, l'utilisation des mesures liées à l'application des droits pour garantir l'application des limitations et des exceptions aux droits de propriété intellectuelle et empêcher l'usage abusif de ces droits, ensuite, l'utilisation de la loi sur la concurrence et, finalement, l'analyse de la jurisprudence nationale connexe.

Si l'on veut parvenir à une définition commune des problèmes et y trouver des solutions communes, il est indispensable d'établir une information fiable et des données objectives, ainsi que des définitions harmonisées qui permettraient d'évaluer correctement l'ampleur du commerce international de contrefaçon et de piraterie et ses effets, ainsi que de définir de façon adéquate les problèmes.

Les pays en développement subissent une pression croissante pour soutenir l'application des droits de propriété intellectuelle. En réponse à cela, ils allouent de plus en plus de ressources au renforcement de cette application et impliquent de plus en plus d'organes publics dans ces efforts. Or, si les gouvernements devraient prévoir les moyens juridiques nécessaires pour permettre aux détenteurs de droits de faire respecter leurs droits privés, la responsabilité de l'application des droits de propriété intellectuelle devrait revenir aux détenteurs de droits.

De plus en plus de pays en développement adoptent des obligations liées à l'application des droits de type ADPIC-plus et renoncent à leur autorité souveraine qui leur permet d'adopter des politiques sur l'innovation et la propriété intellectuelle adaptées à leur niveau de développement. Ils se privent également probablement de flexibilités importantes ménagées par l'Accord sur les ADPIC qui tenaient compte des différences qui existent entre les systèmes juridiques nationaux et les niveaux de développement. Dans le cas où ce type d'obligations est contracté dans le cadre des accords de libre-échange, ils risquent également de subir des sanctions commerciales et économiques à cause de leur incapacité à se conformer avec ces nouvelles obligations qui sont peut-être restrictives de façon injustifiée et qui constituent une ingérence.

L'application des droits de propriété intellectuelle coûte cher. En effet, la réforme institutionnelle ainsi que la formation des juges pour ne nommer que ceux-là engendrent des coûts élevés, ce qui remet en cause, à court terme, le respect des obligations relatives à l'application des droits des accords de libre-échange. Ceci paraît d'autant plus probable lorsque l'on voit le nombre de difficultés auxquelles font face de nombreux pays en développement pour mettre en oeuvre les dispositions de fond de l'Accord sur les ADPIC. Dans le cadre des accords de libre-échange, les questions de fond sur les droits de propriété intellectuelle sont encore plus difficiles à mettre en œuvre. Il est clair qu'il y aura « un manque de volonté à absorber les frais administratifs élevés engendrés par l'application des droits et une incapacité à gérer

nombreuses des questions techniques et judiciaires associées à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle et au fait d'y porter atteinte[126]. »

Les solutions sur mesure sont le meilleur moyen de répondre aux préoccupations pratiques liées à l'application des droits de propriété intellectuelle et aux besoins réels de chaque pays. Ainsi, chaque pays devrait maintenir sa capacité à protéger les droits de propriété intellectuelle des infractions de la façon qui convient le mieux à ses besoins. De la même façon, comme l'ont récemment proposé les Etats Membres de l'OMC, il faut favoriser des mécanismes qui traitent des problèmes de contrefaçon et de piraterie qui soient différents et moins chers, y compris les règlementations en matière de concurrence[127].

Comme dans le cas du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, le cadre dans lequel s'inscrit la question de l'application des droits de propriété intellectuelle par les pays en développement devrait contenir essentiellement deux éléments : : (1) les intérêts d'autres intervenants que les détenteurs de droits, et 2) le rôle limité que les gouvernements devraient jouer dans l'application des droits privées.

Voici, plus particulièrement, les recommandations principales destinées aux pays en développement :

- Il faut s'assurer que les moyens de faire respecter les droits sont équitables et justes, et qu'ils garantissent un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle des détenteurs, les droits de tiers, ainsi que les limitations et les exceptions prévues par le système de propriété intellectuelle.

- Il ne faut pas adopter des mesures et des procédures relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle qui vont au-delà de ce qui est exigé par l'Accord sur les ADPIC, sauf si une évaluation a été effectuée au préalable et a montré que des normes d'application des droits de type ADPIC-plus seront bénéfiques pour le pays. Il faut éviter des normes d'application des droits de type ADPIC-plus dans les accords de libre-échange régionaux et bilatéraux.

- Il faut résister à la pression exercée par les pays développés au Conseil sur les ADPIC de l'OMC et dans d'autres forums pour établir des normes non contraignantes, y compris les meilleures pratiques et des déclarations qui risquent, d'une part, d'imposer le renforcement de l'application à l'échelle nationale des droits de propriété intellectuelle, et ce, au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC, et, d'autre part, de mener à une harmonisation des normes d'application.

- Il faut maintenir les flexibilities prévues par l'Accord sur les ADPIC relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle, y compris: 1) la flexibilité relative à la méthode servant à mettre en oeuvre les mesures et les procédures en matière d'application des droits dans les systèmes juridiques nationaux; 2) la flexibilité relative à l'équilibre des ressources chargées de s'assurer du respect du droit de façon générale et celles spécifiquement mobilisées pour s'assurer du respect des droits de propriété intellectuelle ; 3) flexibilité qui limite les procédures liées aux mesures à la frontière et aux sanctions pénales dans le cas de la contrefaçon de marque et de la piraterie portant atteinte aux droits d'auteur, tel que défini à l'Article 51, note de bas de page 14 ; 4) la flexibilité concernant l'octroi d'injonctions ; 4) la flexibilité concernant la détermination du montant d'une « compensation adéquate » dans un jugement relatif à un dommage.

---

[126] Maskus Keith (1997:10)

[127] « Nous soulignons la nécessité de progresser encore dans le domaine de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et de combattre la contrefaçon et le piratage en promouvant des formes loyales de concurrence. » Déclaration de la session de Bruxelles de la Conférence parlementaire sur l'OMC, adoptée le 26 novembre 2004

- Il faut adopter des définitions claires de la contrefaçon et de la piraterie pour éviter des incertitudes juridiques et, éventuellement, un usage abusif des mesures d'application des droits. On trouve ces définitions à la note de bas de page 14 de l'Article 51 de l'Accord sur les ADPIC et les éléments communs de la définition convenue dans le cadre de cet accord devraient être appliqués. (1) identique ou similaire à des droits de propriété intellectuelle protégés localement ; (2) usage non autorisé ; (3) atteinte dans un pays d'importation ; (4) échangés à l'échelle internationale. Il faut s'assurer que les importations parallèles de biens conformes à l'Accord sur les ADPIC soient exclues de la définition de contrefaçon ou de piraterie. Il ne faut pas étendre la définition de façon à ce qu'elle comprenne la violation de brevets.

- Il faut éviter de recourir au droit pénal dans les cas d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Du moins, il faut limiter l'application du droit pénal à des cas où on a porté atteinte aux droits de propriété intellectuelle de façon délibérée et à une échelle commerciale, et définir rigoureusement les éléments qui constitueraient un acte criminel.

- Il faut éviter les engagements à agir directement contre l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Si les gouvernements se doivent de fournir aux détenteurs de droits les moyens juridiques de faire respecter leurs droits privés, la responsabilité de l'application des droits doit revenir aux détenteurs de droits. Ces derniers doivent mener les poursuites judiciaires et assumer la totalité des coûts.

- Il faut surveiller de plus près l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle et le recours abusif aux mesures d'application des droits. Parmi les moyens utilisés pour le faire, on compte un examen rigoureux et détaillé des demandes de brevets, un renforcement des lois sur la concurrence, le caractère équitable et loyal des mesures servant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, et l'amélioration de la protection des limitations et des exceptions liées aux droits de propriété intellectuelle, telles que « l'usage loyal » à des fins d'accès à l'information, d'éducation ou de recherche.

BIBLIOGRAPHIE

- Ariyanuntaka (1998), Vichai TRIPS and the Specialized Intellectual Property Court in Thailand, http://asialaw.tripod.com/articles/trips-vichai.html
- Arthur J, Gajarsa et Dr. Lawrence P. Cogswell III (2005), *American University Law Review*, 2005-2006, vol. 55:821, 821-23.
- Bently, Lionely and Brad Sherman (2004), Intellectual Property Law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford.
- Braithwaite et Drahos (2000), *Global Business Regulation*, Cambridge University Press.
- Braithwaite et Drahos (2002), *Information Feudalism: Who owns the knowledge economy?* Earthscan, Royaume-Uni.
- Business Software Alliance (BSA) and International Data Corporation (IDC) (2005), Second Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study.
- Business Software Alliance (BSA) et International Data Corporation (IDC) (2004), First Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study.
- Callan, Bénédicte (1998), *Pirates on the High Seas: The United States and Global Intellectual Property Rights*, Council on Foreign Relations, New York.
- Commission on Intellectual Property Rights (2002a), *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Londres.
- Commission sur les droits de propriété intellectuelle (2002b), "Institutional Issues for Developing Countries in Intellectual Property Policymaking, Administration and Enforcement", *Workshop 9 Minutes*, http://www.iprcommission.org/home.html.
- Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS) of the Criminal Division of the United States Department of Justice, *The Law's Protection of Intellectual Property - An Overview*, Prosecuting Intellectual Property Crimes Manual, http://www.cybercrime.gov/ipmanual/01ipma.htm, visited on December 2007.
- Correa, Carlos et Musungu, Sisule (2002), "The WIPO Patent Agenda: The Risks for Developing Countries", *T.R.A.D.E. Series Working Paper 12*, Centre Sud, http://www.southcentre.org/, dernière consultation décembre 2007.
- Correa, Carlos M. (2004), *Bilateral investment agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights?* Grain, http://www.grain.org/briefings/?id=186, dernière consultation août 2006.
- D. Matthews et V. Munoz-Tellez (2006), "Bilateral Technical Assistance and TRIPS: The United States, Japan and the European Communities in a Comparative Perspective", *Journal of World Intellectual Property*, 9,6, 629-653
- Drahos, Peter (2002), "Bilateralism in Intellectual Property", document préparé pour Oxfam.

- Drahos, Peter (2002), "Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting", *Study Paper* 8 préparé pour la Commission des droits de propriété intellectuelle, http://www.IPrcommission.org

- Drahos, Peter (2004), "Undermining Access to Medicines: Comparison of five United States FTAs", *Oxfam Briefing Notes*, Oxfam International.

- Endeshaw Assafa, (1996), *Intellectual Property in China: The Roots of the Problem of Enforcement*, Acumen, Singapore.

- Commission européenne, Relations extérieures (2002), UE-Chili accord d'association.

- Commission européenne, Relations extérieures (2000), Décision 2/2000 du Conseil conjoint CE-Mexique.

- Décision de la Commission du 24.03.2004 relative au processus prévu par l'Article 82 du Traité de la Commission européenne (Affaire Comp/C-3/37.792 Microsoft), 21 avril 2004.

- European Commission Directorate General for Trade (2004), *EUROPEAN UNION Strategy for Enforcement of Intellectual Property Rights in Third Countries*, Bruxelles, 23 juin, http://europa.European Union.int/comm/trade/issues/sectoral/intell_property/pr010704_en.htm, dernière consultation décembre 2006.

- European Parliament (2007b), A6-0073/200, Report on the amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, Committee on Legal Affairs, Amendment 11, Article 1, paragraph b.

- European Parliament (2007a), P6_TA(2007)0145, legislative resolution of 25 April 2007 on the amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, first reading.

- European Union, Commission Regulation (EC) No 1891/2004 of 21 October 2004.

- European Union, "Strategy for the enforcement of intellectual property rights in third countries" (2005/C 129/03), 26.5.2005, *Official Journal of the European Union*, c 129/3.

- European Union, Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, 30.4.2004 *Official Journal of the European Union* L157/47.

- European Union (2003), Council Regulation (EC) No 1383/2003.

- European Union (2006), EU – US Action Strategy for the Enforcement of Intellectual Property Rights, Vienna, European Commission.

- FTAA Negotiating Group on Intellectual Property, *Public Summary of United States Position*, available at http://www.sice.oas.org/geograph/north/uspoip_e.asp, visited on August 2006.

- GATT (1989), "Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods", *Synoptic Table Setting out Proposals on Enforcement and Corresponding Provisions of Existing International Treaties*, prepared by the Secretariat, MTN.GNG/NG11/W/33/Rev.1.

- GATT (1998), Panel Report on United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930 ("US - Section 337"), L/6439, adopted on 7 November 1989, BISD 36S/345, 385-386,

- Gross D. Robin (2003), "Europe's Proposed Intellectual Property Enforcement Directive Unmasked: Overbroad Proposal Threatens Civil Rights, Innovation and Competition", *Intellectual Property Rights Justice White Paper on Proposed European Union Intellectual Property Rights Enforcement Directive*, available at http://www.ipjustice.org/CODE/whitepaper.shtml, visited on August 2006.

- Helsinki District Court (2007), 07/4535, *Public Prosecutor v. Rauhala and X,* (Misdemeanour of violating a technological measure), 5 February 2007.

- Hunter, Kate Colpitts (2007), "Here There Be Pirates: How China is Meeting Its Intellectual Property Enforcement Obligations under TRIPS", 8 *San Diego International Law Journal*, 545, 2006-2007.

- IIPA (2004a) , Testimony of the Intellectual Property Alliance (IIPA) for the Public Hearing on the Proposed United States – Andean Free Trade Agreement to be delivered on March 17, 2004 before the Trade Policy Staff Committee in Washington, D.C, available at www.iipa.com/rbi/2004_Mar10_AndeanFTA-rev.pdf, visited on August 2006.

- IIPA (2004b), 2004 Special 301 Report on Global Copyright Protection and Enforcement

- ITAC (2003), Industry Trade Advisory Committee Report on the United States – Chile FTA.

- ITAC (2004), Industry Trade Advisory Committee Report on the United States – Morocco FTA.

- ITAC (2004a), Industry Trade Advisory Committee Report on the United States – CAFTA FTA.

- ITAC (2004), Industry Trade Advisory Committee Report on the United States – Bahrain FTA.

- ITAC (2004), Industry Trade Advisory Committee Report on the United States – Australia FTA.

- Judicial Protection of IPR in China, Laws, court Judgments, etc, available at http://www.chinaiprlaw.com/english/default.htm, last visited 20 December 2007.

- Karsten Olsen (2005), *Counterfeit and Piracy: Measurement Issues*, Background Report for the WIPO/OECD Expert Meeting on Measurement and Statistical Issues, Geneva, October, OECD

- Katharina Gnath (2007), Beyond Heiligendamm, InternationalPolitik, http://en.internationalepolitik.de/, last visited 20 December 2007.

- Lall, Sanjaya (2003), "Indicators of Relative Importance of Intellectual Property Rights in Developing Countries," UNCTAD – ICTSD Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Issue paper No. 3, available at http://www.ictsd.org/, visited on August 2006.

- Landes, William and Postner, Richard (2004), *The Political Economy of Intellectual Property Law*, AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, Washington D.C.

- LTAC (2003), Labour Advisory Committee Report on the United States – Singapore FTA.

- Maskus Keith (1997), "Implications of Regional and Multilateral Agreements for Intellectual Property Rights", 5 *World Economy* 1.

- Ministry of Foreign Affairs of Japan (2002), *Japan's FTA Strategy*, Economic Affairs Bureau http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/strategy0210.html, visited on August 2006.

- Morin, Jean-Frédéric (2003), "The Bilateral Intellectual Property Rights Agreements", Ecologic – Institute for International and European Environmental Policy Conference on Moving forward from Cancún: The Global Governance of Trade, Environment and Sustainable Development, Berlin.

- MSF (2003), Doha Derailed: A Progress Report on TRIPS and Access to Medicines, *Médecins Sans Frontières briefing for the 5th WTO Ministerial Conference, Cancun.*

- Munoz Viviana (2004), "Intellectual Property Rights Enforcement in Free Trade Agreements: Building on Minimum Standards", Master's Dissertation submitted as a partial requirement for MSc Development Management degree, Economics Department, The London School of Economics.

- Musungu Sisule and Dutfield Graham (2003), "Multilateral Agreements and a TRIPS – Plus World: the World Intellectual Property Organization (WIPO)", 3 *TRIPS Issues Papers*, Quaker United Nations Office (QUNO), Geneva, and Quaker International Affairs Programme (QIAP), Ottawa.

- OECD Report (2007), *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, January, Paris.

- Okediji Ruth L. (2004), *New Treaty Development and Harmonization of Intellectual Property Law*, ICTSD-UNCTAD Dialogue, the Rockefeller Foundation's Bellagio Conference Center.

- Papovich Joseph and Burcky, Claude (1998), "Interview: Intellectual Property in the TRIPS Era, Economic Perspectives", 3 *USIA Electronic Journal:* 3.

- Pécoul, Chirac, Trouiller and Pinel (MSF), *Access to essential drugs in poor countries: a lost battle?*, JAMA, 27 January, 1999.

- Reichmann Jerome (1997), "Enforcing the Enforcement procedures of the TRIPS Agreement", *37 Virginia Journal of International Law:* 2.

- Roffe Pedro (2004), *Bilateral Agreements and a TRIPS – plus World: The Chile – USA Free Trade Agreement*, TRIPS Issue Papers 4, QIAP. Available at http://geneva.quno.info/pdf/Chile(United States)final.pdf, visited on August 2006.

- South Centre (2004), "Integrating Development into WIPO Activities and Processes: Strategies for the 2004 WIPO Assemblies", *South Centre Analytical Note SC/TADP/AN/Intellectual Property Rights/2*, Geneva, available at www.southcentre.org, visited on August 2006.

- South Centre and CIEL (2004), Intellectual Property Second Quarterly Update, *Intellectual Property and Development: Overview and Developments in Multilateral, Plurilateral and Bilateral Fora*.

- Stoler, Andrew (2004), "The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted?" 3 *World Trade Review* 1, 99-118, UK.

- Tang, Yixin H.(2006), "The Future of Patent Enforcement After eBay v. MercExchange", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 20, Number 1, Fall 2006, p. 241.

- Tribunal de Comercio de Madrid (2007), *Monsanto vs. Sesostris.*

- United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007.

- UNCTAD (2003), *Dispute Settlement: State-State*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD-ITE, New York and Geneva.

- UNCTAD – ICTSD (2005), *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, Cambridge.

- United Kingdom Central Government, National Intellectual Property (intellectual property) Enforcement Report 2005.

- United Kingdom England and Wales High Court (Patents Court) Decisions (2007), Monsanto Technology LLC vs. Cargill International S.A. & Anor [2007] EWHC 2257 (Pat), 10 October 2007.
- United States Congress, Trade Act of 2002 - 107 Public Laws 210, Title I, II.
- United States Department of Justice (2006), *Progress Report of the Department of Justice's Task Force on Intellectual Property*, Washing ton DC.
- United States Department of Justice, Office of Legislative Affairs (2007), Letter to Speaker, U.S. House of Representatives, Washing ton DC.
- United States National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council (2006), Report to the President and Congress on Coordination of Intellectual Property Enforcement and Protection.
- United States Supreme Court (1908), *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405 (1908).
- United States Supreme Court (2005), *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, (04-480) 545 U.S. 913 (2005)
- United States Supreme Court (2007), *MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc, et. al*., Certiorari to the United States Court of Appeal for the Federal Circuit, (No. 05-608) 427 F. 3d 958 (2007).
- USTR (2003), United States – Chile Free Trade Agreement.
- USTR (2004), United States- Morocco Free Trade Agreement.
- USTR (2004), *The Presidents Trade Policy Agenda for 2004*, available at www.ustr.gov, visited on August 2006.
- USTR (2005), United States- Central America and Dominican Republic Free Trade Agreement (CAFTA).
- Vivas -Eugui, David (2003), "Regional and bilateral agreements and a TRIPS-plus world: the Free Trade Area of the Americas (FTAA)", *TRIPS Issues Papers 1*, Quaker United Nations Office (QUNO), Geneva, and Quaker International Affairs Programme (QIAP), Ottawa
- Wade, Robert (2004), "The Ringmaster of Doha", Book review, Michael Moore, *A World Without Walls: Freedom, Development, Free Trade and Global Governance*, Cambridge University Press: Cambridge 2003, *New Left Review 25*.
- WIPO, *Collection of Laws for Electronic Access, Regional Legislation & Multilateral Treaties*, available at http://www.wipo.int/clea
- WIPO, "What is generally understood by intellectual property rights enforcement?" Intellectual Property Rights Enforcement Issues and Strategies webpage, http://www.wipo.int/enforcement/en/, visited on August 2006.
- WIPO (1979), Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised and amended.
- WIPO (1979), Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886 as revised and amended.
- WIPO (1996), Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

- WIPO (2002), Report, *WIPO General Assembly, Twenty-Eighth (13th Extraordinary) Session, September 23 to October 1, 2002*, WO/GA/28/7, Geneva.
- WIPO (2003), Conclusions by the Chair, *Advisory Committee on Enforcement, First Session, June 11 to 13, 2003*, WIPO/ACE/1/7, *Geneva*.
- WIPO (2004), "Enforcement of Industrial Property Rights, Copyright and Related Rights", *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, 2nd Edition
- WIPO (2005), "Proposal to Establish a Development Agenda for WIPO: an Elaboration of Issues Raised in Document WO/GA/31/1," *Inter-sessional Intergovernmental meeting on a development agenda for WIPO*, First Session, IIM/1/4, Geneva.
- WIPO (2006), Submission from South Africa, WIPO/ACE/3/8 Rev, Third Session, *Advisory Committee on Enforcement*, WIPO/ACE/3/5, Geneva.
- WIPO (2006), Public Policy for Combating Piracy in Brazil, Third Session, *Advisory Committee on Enforcement*, WIPO/ACE/3/14, Geneva.
- WIPO (2006), Issues Related to the Enforcement of IP Rights: National Efforts to Improve Awareness of Decision Makers and Education of Consumers, Third Session, *Advisory Committee on Enforcement*, WIPO/ACE/3/5, Geneva.
- WIPO (2006), Administrative Protection of Intellectual Property in China in 2005, *Advisory Committee on Enforcement*, WIPO/ACE/3/16, Third Session, Geneva.
- WIPO (2007), Report of the Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda (PCDA), A/43/13 REV., Geneva.
- World Bank (2004), *Global Economic Prospects: Trade, Regionalism and Development 2005*, the World Bank, Washington.
- World Health Organization (2006), Fact Sheet No.275, "Counterfeit Medicines", Revised 14 November 2006.
- WTO (1994), "The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights," in *The Legal Texts*, World Trade Organization, 1999, Cambridge University Press, Cambridge.
- WTO (1998), Panel Report, *India - Patents (EC), WT/DS79/R.*
- WTO (2000) Panel Report, *Canada- Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R, Report of the Panel, WT/DS170/R.
- WTO (2000), Panel Report, United States — Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R.
- WTO (2002) Report of the Appellate Body, *US - Section 211 Appropriations Act*, WT/DS176/AB/R.
- WTO (2007), "China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights - Request for the Establishment of a Panel by the United States", WT/DS362/7.

Others

- Clatanoff, William B, Assistant United States Trade Representative for Labor, Letter to Mr. George Becker, Chair, Labour Advisory Committee on Trade Negotiations and Trade Policy, available at

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Reports/asset_upload_file763_3221.pdf, visited on August 2006.

- El-Amin, Ahmed, 2006, "Soy imports delayed as Argentina fights Monsanto over GM", *GRAIN*, available at http://www.grain.org/research/contamination.cfm?id=368, last visited on 2o December 2007.

- European Union Press Release Press Release, Oct. 23, 2007, European Commission Seek Mandate to Negotiate Major New International Anti-counterfeit Pact.

- European Commission, Internal Market, Copyright and Neighbouring Rights http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/index_en.htm, last visited December 2007.

- Intellectual Property Watch (2007), "Belgian Court Orders ISPs to Install Filters to Stop P2P Piracy", 9 July 2007.

- INTERPOL webpage on Intellectual Property Crime: http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/IntellectualProperty/Default.asp.

- Inter-Parliamentary Union and the European Parliament (2004), Declaration, Brussels Session of the Parliamentary Conference on the WTO**,** Brussels (Belgium), 24 - 26 November 2004.

- Joint Statement by the German G8 Presidency and the Heads of State and/or Government of Brazil, China, India, Mexico and South Africa on the occasion of the G8 Summit in Heiligendamm, June 8, 2007.

- Ministry of Foreign Affairs of Japan (2007), Press Release, Framework of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), Ministry of Foreign Affairs of Japan, 23 October 2007.

- Summit Declaration, *Growth and Responsibility in the World Economy*, 7 June 2007, G8 Summit Heiligendamm. Summit documents are available at http://www.g-8.de, last visited on December 2007.

- The Stockholm Network (2006), Experts' Series on Intellectual Property and Competition, *Innovation, Intellectual Property and Competition - A Legal and Policy Perspective*, 2006

- United States State Department, Office of, Intellectual Property Enforcement webpage, http://www.state.gov/e/eeb/tpp/c10334.htm, visited, December 2007.

- United States Trade Representative, Office of, Work on Intellectual Property webpage, http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Intellectual_Property/The_Work_of_USTR_-_Intellectual_Property.html, visited on December 2007.

- USPTO Press Release Oct. 23, 2007," Ambassador Schwab Announces U.S will Seek New Trade Agreement to Fight Fakes."

- USTR Press Release (2007), United States Files WTO Cases Against China Over Deficiencies in China's Intellectual Property Rights Laws and Market Access Barriers to Copyright-Based Industries, 4 September 2007.

ANNEXE

QUELQUES DISPOSITIONS DE L'ACCORD SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE

(Préambule, Partie I, III, IV et V)

Les Membres,

Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime,

Reconnaissant, à cette fin, la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant:

a) l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994 et des accords ou conventions internationaux pertinents en matière de propriété intellectuelle,

b) l'élaboration de normes et principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce,

c) l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques nationaux,

d) l'élaboration de procédures efficaces et rapides pour la prévention et le règlement, au plan multilaté ral, des différends entre gouvernements, et

e) des dispositions transitoires visant à ce que la participation aux résultats des négociations soit la plus complè te,

Reconnaissant la nécessité d'établir un cadre multilatéral de principes, règles et disciplines relatifs au commerce international des marchandises de contrefaçon,

Reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés,

Reconnaissant les objectifs fondamentaux de politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle, y compris les objectifs en matière de développement et de technologie,

Reconnaissant aussi les besoins spéciaux des pays les moins avancés Membres en ce qui concerne la mise en oeuvre des lois et réglementations au plan intérieur avec un maximum de flexibilité pour que ces pays puissent se doter d'une base technologique solide et viable,

Soulignant qu'il importe de réduire les tensions en contractant des engagements renforcés de résoudre par des procédures multilatérales les différends sur des questions de propriété intellectuelle touchant au commerce,

Désireux d'instaurer un soutien mutuel entre l'OMC et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (ci-après dénommée l'"OMPI") et d'autres organisations internationales compétentes,

Conviennent de ce qui suit:

PARTIE I

DISPOSITIONS GENERALES ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

Article premier

Nature et portée des obligations

1. Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en oeuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord. Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en oeuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques.

2. Aux fins du présent accord, l'expression "propriété intellectuelle" désigne tous les secteurs de la propriété intellectuelle qui font l'objet des sections 1 à 7 de la Partie II.

3. Les Membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres Membres.[128] Pour ce qui est du droit de propriété intellectuelle pertinent, les ressortissants des autres Membres s'entendront des personnes physiques ou morales qui rempliraient les critères requis pour bénéficier d'une protection prévus dans la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome et le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, si tous les Membres de l'OMC étaient membres de ces conventions.[129] Tout Membre qui se prévaudra des possibilités offertes par le paragraphe 3 de l'article 5 ou le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention de Rome présentera une notification, comme il est prévu dans ces dispositions, au Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après dénommé le "Conseil des ADPIC").

Article 2

Conventions relatives à la propriété intellectuelle

1. Pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967).

2. Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés.

Article 3

Traitement national

---

[128] Lorsqu'il est question de "ressortissants" dans le présent accord, ce terme sera réputé couvrir, pour ce qui est d'un territoire douanier distinct Membre de l'OMC, les personnes, physiques ou morales, qui sont domiciliées ou ont un établissement industriel ou commercial réel et effectif sur ce territoire douanier.

[129] Dans le présent accord, la "Convention de Paris" désigne la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle; la "Convention de Paris (1967)" désigne l'Acte de Stockholm de ladite Convention, en date du 14 juillet 1967. La "Convention de Berne" dé signe la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques; la "Convention de Berne (1971)" désigne l'Acte de Paris de ladite Convention, en date du 24 juillet 1971. La "Convention de Rome" désigne la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, adoptée à Rome le 26 octobre 1961. Le "Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés" (Traité IPIC) désigne le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, adopté à Washington le 26 mai 1989. L'"Accord sur l'OMC" désigne l'Accord instituant l'OMC.

1. Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection[130] de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions dé jà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. En ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, cette obligation ne s'applique que pour ce qui est des droits visés par le présent accord. Tout Membre qui se prévaudra des possibilités offertes par l'article 6 de la Convention de Berne (1971) ou par le paragraphe 1 b) de l'article 16 de la Convention de Rome présentera une notification au Conseil des ADPIC, comme il est prévu dans ces dispositions.

2. Les Membres pourront se prévaloir des exceptions autorisées en vertu du paragraphe 1 en ce qui concerne les procédures judiciaires et administratives, y compris l'élection de domicile ou la constitution d'un mandataire dans le ressort d'un Membre, uniquement dans les cas où ces exceptions seront nécessaires pour assurer le respect des lois et réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord et où de telles pratiques ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce.

Article 4

Traitement de la nation la plus favorisée

En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres. Sont exemptés de cette obligation tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre:

a) qui découlent d'accords internationaux concernant l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois en général et ne se limitent pas en particulier à la protection de la propriété intellectuelle;

b) qui sont accordés conformément aux dispositions de la Convention de Berne (1971) ou de la Convention de Rome qui autorisent que le traitement accordé soit fonction non pas du traitement national mais du traitement accordé dans un autre pays;

c) pour ce qui est des droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion qui ne sont pas visés par le présent accord;

d) qui découlent d'accords internationaux se rapportant à la protection de la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord sur l'OMC, à condition que ces accords soient notifiés au Conseil des ADPIC et ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable à l'égard des ressortissants d'autres Membres.

Article 5

Accords multilatéraux sur l'acquisition
ou le maintien de la protection

Les obligations découlant des articles 3 et 4 ne s'appliquent pas aux procédures prévues par les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'OMPI pour l'acquisition ou le maintien de droits de propriété intellectuelle.

Article 6

[130] Aux fins des articles 3 et 4, la "protection" englobera les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de proprié té intellectuelle dont le présent accord traite expressément.

Epuisement

Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle.

Article 7

Objectifs

La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations.

Article 8

Principes

1. Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord.

2. Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de mani ère déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie.

PARTIE III

MOYENS DE FAIRE RESPECTER LES DROITS
DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

SECTION 1: OBLIGATIONS GENERALES

Article 41

1. Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure. Ces procédures seront appliquées de manière à éviter la cr éation d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif.

2. Les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle seront loyales et équitables. Elles ne seront pas inutilement complexes ou coûteuses; elles ne comporteront pas de délais déraisonnables ni n'entraîneront de retards injustifiés.

3. Les décisions au fond seront, de préférence, écrites et motivées. Elles seront mises à la disposition au moins des parties à la procédure sans retard indu. Les décisions au fond s'appuieront exclusivement sur des éléments de preuve sur lesquels les parties ont eu la possibilité de se faire entendre.

4. Les parties à une procédure auront la possibilité de demander la révision par une autorité judiciaire des décisions administratives finales et, sous réserve des dispositions attributives de compétence prévues par la législation d'un Membre concernant l'importance d'une affaire, au moins des aspects juridiques des décisions judiciaires initiales sur le fond. Toutefois, il n'y aura pas obligation de prévoir la possibilité de demander la révision d'acquittements dans des affaires pénales.

5. Il est entendu que la présente partie ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général, ni n'affecte la capacité des Membres de faire respecter leur législation en général. Aucune disposition de la présente partie ne crée d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général.

SECTION 2: PROCEDURES ET MESURES CORRECTIVES CIVILES ET ADMINISTRATIVES

Article 42

Procédures loyales et équitables

Les Membres donneront aux détenteurs de droits[131] accès aux procédures judiciaires civiles destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord. Les défendeurs devront être informés en temps opportun par un avis écrit suffisamment précis indiquant, entre autres choses, les fondements des allégations. Les parties seront autorisées à se faire représenter par un conseil juridique indépendant et les procédures n'imposeront pas de prescriptions excessives en matière de comparution personnelle obligatoire. Toutes les parties à de telles procédures seront dûment habilitées à justifier leurs allégations et à présenter tous les éléments de preuve pertinents. La procédure comportera un moyen d'identifier et de protéger les renseignements confidentiels, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes.

Article 43

Eléments de preuve

1. Les autorités judiciaires seront habilitées, dans les cas où une partie aura présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles suffisants pour étayer ses allégations et précisé les éléments de preuve à l'appui de ses allégations qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, à ordonner que ces éléments de preuve soient produits par la partie adverse, sous réserve, dans les cas appropriés, qu'il existe des conditions qui garantissent la protection des renseignements confidentiels.

2. Dans les cas où une partie à une procédure refusera volontairement et sans raison valable l'accès à des renseignements nécessaires ou ne fournira pas de tels renseignements dans un délai raisonnable, ou encore entravera notablement une procédure concernant une action engagée pour assurer le respect d'un droit, un Membre pourra habiliter les autorités judiciaires à établir des déterminations préliminaires et finales, positives ou négatives, sur la base des renseignements qui leur auront été présentés, y compris la plainte ou l'allégation présentée par la partie lésée par le dé ni d'accès aux renseignements, à condition de ménager aux parties la possibilité de se faire entendre au sujet des allégations ou des éléments de preuve.

Article 44

[131] Aux fins de la présente partie, l'expression "détenteur du droit" comprend les fédérations et associations habilitées à revendiquer un tel droit.

Injonctions

1. Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner à une partie de cesser de porter atteinte à un droit, entre autres choses afin d'empêcher l'introduction dans les circuits commerciaux relevant de leur compétence de marchandises importées qui impliquent une atteinte au droit de propriét é intellectuelle, immédiatement après le dédouanement de ces marchandises. Les Membres n'ont pas l'obligation de les habiliter à agir ainsi en ce qui concerne un objet protégé acquis ou commandé par une personne avant de savoir ou d'avoir des motifs raisonnables de savoir que le négoce dudit objet entraînerait une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

2. Nonobstant les autres dispositions de la présente partie et à condition que soient respectées les dispositions de la Partie II visant expressément l'utilisation d'un droit par les pouvoirs publics, ou par des tiers autorisés par des pouvoirs publics, sans l'autorisation du détenteur de ce droit, les Membres pourront limiter au versement d'une rémunération conformément à l'alinéa h) de l'article 31 les mesures correctives possibles contre une telle utilisation. Dans les autres cas, les mesures correctives prévues par la présente partie seront d'application ou, dans les cas où ces mesures correctives seront incompatibles avec la législation d'un Membre, des jugements déclaratifs et une compensation adéquate pourront être obtenus.

Article 45

Dommages-intérêts

1. Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant de verser au détenteur du droit des dommages-int érêts adéquats en réparation du dommage que celui-ci a subi du fait de l'atteinte portée à son droit de propriété intellectuelle par le contrevenant, qui s'est livré à une activité portant une telle atteinte en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir.

2. Les autorités judiciaires seront également habilitées à ordonner au contrevenant de payer au détenteur du droit les frais, qui pourront comprendre les honoraires d'avocat appropriés. Dans les cas appropriés, les Membres pourront autoriser les autorités judiciaires à ordonner le recouvrement des bénéfices et/ou le paiement des dommages-intérêts préétablis même si le contrevenant s'est livré à une activité portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir.

Article 46

Autres mesures correctives

Afin de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, dé truites. Elles seront aussi habilitées à ordonner que des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles atteintes. Lors de l'examen de telles demandes, il sera tenu compte du fait qu'il doit y avoir proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers. Pour ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

Article 47

Droit d'information

Les Membres pourront disposer que les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant, à moins qu'une telle mesure ne soit disproportionnée à la gravité de l'atteinte, d'informer le détenteur du droit de l'identité des tiers participant à la production et à la distribution des marchandises ou services en cause, ainsi que de leurs circuits de distribution.

Article 48

Indemnisation du défendeur

1. Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner à une partie à la demande de laquelle des mesures ont été prises et qui a utilisé abusivement des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle d'accorder, à une partie injustement requise de faire ou de ne pas faire, un dédommagement adéquat en réparation du dommage subi du fait d'un tel usage abusif. Les autorités judiciaires seront aussi habilitées à ordonner au requérant de payer les frais du défendeur, qui pourront comprendre les honoraires d'avocat appropriés.

2. Pour ce qui est de l'administration de toute loi touchant à la protection ou au respect des droits de propriété intellectuelle, les Membres ne dé gageront aussi bien les autorités que les agents publics de leur responsabilité qui les expose à des mesures correctives appropriées que dans les cas où ils auront agi ou eu l'intention d'agir de bonne foi dans le cadre de l'administration de ladite loi.

Article 49

Procédures administratives

Dans la mesure où une mesure corrective civile peut être ordonnée à la suite de procédures administratives concernant le fond de l'affaire, ces procédures seront conformes à des principes équivalant en substance à ceux qui sont énoncés dans la présente section.

SECTION 3: MESURES PROVISOIRES

Article 50

1. Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces:

a) pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne soit commis et, en particulier, pour empêcher l'introduction, dans les circuits commerciaux relevant de leur compétence, de marchandises, y compris des marchandises importées immédiatement après leur dédouanement;

b) pour sauvegarder les éléments de preuve pertinents relatifs à cette atteinte alléguée.

2. Les autorités judiciaires seront habilitées à adopter des mesures provisoires sans que l'autre partie soit entendue dans les cas où cela sera approprié, en particulier lorsque tout retard est de nature à causer un préjudice irréparable au détenteur du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve.

3. Les autorités judiciaires seront habilitées à exiger du requérant qu'il fournisse tout élément de preuve raisonnablement accessible afin d'acquérir avec une certitude suffisante la conviction qu'il est le détenteur du droit et qu'il est porté atteinte à son droit ou que cette atteinte est imminente et à lui ordonner

de constituer une caution ou une garantie équivalente suffisante pour protéger le défendeur et prévenir les abus.

4. Dans les cas où des mesures provisoires auront été adoptées sans que l'autre partie soit entendue, les parties affectées en seront avisées, sans délai après l'exécution des mesures au plus tard. Une révision, y compris le droit d'être entendu, aura lieu à la demande du défendeur afin qu'il soit décidé, dans un délai raisonnable après la notification des mesures, si celles-ci seront modifiées, abrogées ou confirmées.

5. Le requérant pourra être tenu de fournir d'autres renseignements nécessaires à l'identification des marchandises considéré es par l'autorité qui exécutera les mesures provisoires.

6. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 4, les mesures provisoires prises sur la base des paragraphes 1 et 2 seront abrogées ou cesseront de produire leurs effets d'une autre manière, à la demande du défendeur, si une procédure conduisant à une décision au fond n'est pas engagée dans un délai raisonnable qui sera déterminé par l'autorité judiciaire ordonnant les mesures lorsque la législation d'un Membre le permet ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai ne devant pas dépasser 20 jours ouvrables ou 31 jours civils si ce délai est plus long.

7. Dans les cas où les mesures provisoires seront abrogées ou cesseront d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il sera constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au requérant, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dé dommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

8. Dans la mesure où une mesure provisoire peut être ordonnée à la suite de procédures administratives, ces procédures seront conformes à des principes équivalant en substance à ceux qui sont énoncés dans la présente section.

SECTION 4: PRESCRIPTIONS SPECIALES CONCERNANT LES MESURES A LA FRONTIERE[132]

Article 51

Suspension de la mise en circulation par les autorités douanières

Les Membres adopteront, conformément aux dispositions énoncées ci-après, des procédures [133] permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marque contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur[134] est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant

---

[132] Dans les cas où un Membre aura démantelé l'essentiel de ses mesures de contrôle touchant le mouvement de marchandises par-delà sa frontière avec un autre Membre membre de la m ême union douanière que lui, il ne sera pas tenu d'appliquer les dispositions de la présente section à cette frontière.

[133] Il est entendu qu'il ne sera pas obligatoire d'appliquer ces procédures aux importations de marchandises mises sur le marché d'un autre pays par le détenteur du droit ou avec son consentement, ni aux marchandises en transit.

[134] Aux fins du présent accord:

a) l'expression "marchandises de marque contrefaites" s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation;

b) l'expression "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" s'entend de toutes les copies faites sans le consentement du détenteur du droit ou d'une personne dûment autorisée par lui dans le pays de production et qui sont faites directement ou indirectement à partir d'un article dans les cas où la réalisation de ces copies aurait constitué une atteinte au droit d'auteur ou à un droit connexe en vertu de la législation du pays d'importation.

à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorit és douanières. Les Membres pourront permettre qu'une telle demande soit faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, à condition que les prescriptions énoncées dans la présente section soient observées. Les Membres pourront aussi prévoir des procédures correspondantes pour la suspension par les autorités douanières de la mise en circulation de marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées de leur territoire.

Article 52

Demande

Tout détenteur de droit engageant les procédures visées à l'article 51 sera tenu de fournir des éléments de preuve adéquats pour convaincre les autorités compétentes qu'en vertu des lois du pays d'importation il est présumé y avoir atteinte à son droit de propriété intellectuelle, ainsi qu'une description suffisamment détaillée des marchandises pour que les autorités douanières puissent les reconnaître facilement. Les autorités compétentes feront savoir au requérant, dans un délai raisonnable, si elles ont ou non fait droit à sa demande et l'informeront, dans les cas où ce sont elles qui la déterminent, de la durée de la période pour laquelle les autorités douanières prendront des mesures.

Article 53

Caution ou garantie équivalente

1. Les autorités compétentes seront habilitées à exiger du requérant qu'il constitue une caution ou une garantie équivalente suffisante pour protéger le défendeur et les autorités compétentes et prévenir les abus. Cette caution ou garantie équivalente ne découragera pas indûment le recours à ces procédures.

2. Dans les cas où, à la suite d'une demande présentée au titre de la présente section, les autorités douanières ont suspendu la mise en libre circulation de marchandises comportant des dessins ou modèles industriels, des brevets, des schémas de configuration ou des renseignements non divulgués, sur la base d'une décision n'émanant pas d'une autorité judiciaire ou d'une autre autorité indépendante, et où le délai prévu à l'article 55 est arrivé à expiration sans que l'autorité dûment habilitée à cet effet ait accordé de mesure provisoire, et sous réserve que toutes les autres conditions fixées pour l'importation aient été remplies, le propriétaire, l'importateur ou le destinataire de ces marchandises aura la faculté de les faire mettre en libre circulation moyennant le dépôt d'une caution dont le montant sera suffisant pour protéger le détenteur du droit de toute atteinte à son droit. Le versement de cette caution ne préjudiciera à aucune des autres mesures correctives que peut obtenir le détenteur du droit, étant entendu que la caution sera libérée si celui-ci ne fait pas valoir le droit d'ester en justice dans un délai raisonnable.

Article 54

Avis de suspension

L'importateur et le requérant seront avisés dans les moindres délais de la suspension de la mise en libre circulation des marchandises décidée conformément à l'article 51.

Article 55

Durée de la suspension

Si, dans un délai ne dépassant pas 10 jours ouvrables après que le requérant aura été avisé de la suspension, les autorités douanières n'ont pas été informées qu'une procédure conduisant à une décision au fond a été engagée par une partie autre que le défendeur ou que l'autorité dûment habilitée à cet effet a pris des mesures provisoires prolongeant la suspension de la mise en libre circulation des marchandises, celles-

ci seront mises en libre circulation, sous réserve que toutes les autres conditions fixées pour l'importation ou l'exportation aient été remplies; dans les cas appropriés, ce délai pourra être prorogé de 10 jours ouvrables. Si une procédure conduisant à une décision au fond a été engagée, une révision, y compris le droit d'être entendu, aura lieu à la demande du d éfendeur afin qu'il soit décidé dans un délai raisonnable si ces mesures seront modifiées, abrogées ou confirmées. Nonobstant ce qui précède, dans les cas où la suspension de la mise en libre circulation des marchandises est exécutée ou maintenue conformément à une mesure judiciaire provisoire, les dispositions du paragraphe 6 de l'article 50 seront d'application.

Article 56

Indemnisation de l'importateur et du propriétaire des marchandises

Les autorités pertinentes seront habilitées à ordonner au requérant de verser à l'importateur, au destinataire et au propriétaire des marchandises un dédommagement approprié en réparation de tout dommage qui leur aura été causé du fait de la r étention injustifiée de marchandises ou de la rétention de marchandises mises en libre circulation conformément à l'article 55.

Article 57

Droit d'inspection et d'information

Sans préjudice de la protection des renseignements confidentiels, les Membres habiliteront les autorités compétentes à ménager au détenteur du droit une possibilité suffisante de faire inspecter toutes marchandises retenues par les autorités douanières afin d'établir le bien-fondé de ses allégations. Les autorités compétentes seront aussi habilitées à ménager à l'importateur une possibilité équivalente de faire inspecter de telles marchandises. Dans les cas où une détermination positive aura été établie quant au fond, les Membres pourront habiliter les autorités compétentes à informer le détenteur du droit des noms et adresses de l'expéditeur, de l'importateur et du destinataire, ainsi que de la quantité des marchandises en question.

Article 58

Action menée d'office

Dans les cas où les Membres exigeront des autorités compétentes qu'elles agissent de leur propre initiative et suspendent la mise en libre circulation des marchandises pour lesquelles elles ont des présomptions de preuve qu'elles portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle:

a) les autorités compétentes pourront à tout moment demander au détenteur du droit tout renseignement qui pourrait les aider dans l'exercice de ces pouvoirs;

b) l'importateur et le détenteur du droit seront avisés de la suspension dans les moindres délais. Dans les cas où l'importateur aura fait appel de la suspension auprès des autorités compétentes, celle-ci sera soumise, *mutatis mutandis* , aux conditions énoncées à l'article 55;

c) les Membres ne dégageront aussi bien les autorités que les agents publics de leur responsabilité qui les expose à des mesures correctives appropriées que dans les cas où ils auront agi ou eu l'intention d'agir de bonne foi.

Article 59

Mesures correctives

Sans préjudice des autres droits d'engager une action qu'a le détenteur du droit et sous réserve du droit du défendeur de demander une révision par une autorité judiciaire, les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46. Pour ce qui est des marchandises de marque contrefaites, les autorité s ne permettront pas la réexportation en l'état des marchandises en cause, ni ne les assujettiront à un autre régime douanier, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

Article 60

Importations de minimis

Les Membres pourront exempter de l'application des dispositions qui précèdent les marchandises sans caractère commercial contenues en petites quantités dans les bagages personnels des voyageurs ou expédiées en petits envois.

SECTION 5: PROCEDURES PENALES

Article 61

Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibéré s de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale.

PARTIE IV

ACQUISITION ET MAINTIEN DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET PROCEDURES *INTER PARTES* Y RELATIVES

Article 62

1. Les Membres pourront exiger, comme condition de l'acquisition ou du maintien des droits de propriété intellectuelle prévus aux sections 2 à 6 de la Partie II, que soient respectées des procédures et formalités raisonnables. Ces procédures et formalités seront compatibles avec les dispositions du présent accord.

2. Dans les cas où l'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle est subordonnée à la condition que ce droit soit octroyé ou enregistré, les Membres feront en sorte que les procédures d'octroi ou d'enregistrement, sous réserve que les conditions fondamentales pour l'acquisition du droit soient respectées, permettent l'octroi ou l'enregistrement du droit dans un délai raisonnable de manière à éviter un raccourcissement injustifié de la période de protection.

3. L'article 4 de la Convention de Paris (1967) s'appliquera, *mutatis mutandis*, aux marques de service.

4. Les procédures relatives à l'acquisition ou au maintien de droits de propriété intellectuelle et, dans les cas où la législation d'un Membre prévoit de telles procédures, les procédures de révocation

administrative et les procédures *inter partes* telles que l'opposition, la révocation et l'annulation, seront régies par les principes généraux énoncés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 41.

5. Les décisions administratives finales dans l'une quelconque des procédures mentionnées au paragraphe 4 pourront faire l'objet d'une révision par une autorité judiciaire ou quasi judiciaire. Toutefois, il n'y aura aucune obligation de prévoir une possibilité de révision des décisions en cas d'opposition formée en vain ou de révocation administrative, à condition que les motifs de ces procédures puissent faire l'objet de procédures d'invalidation.

PARTIE V

PREVENTION ET REGLEMENT DES DIFFERENDS

Article 63

Transparence

1. Les lois et réglementations et les décisions judiciaires et administratives finales d'application générale, rendues ex écutoires par un Membre, qui visent les questions faisant l'objet du présent accord (existence, portée, acquisition des droits de propriété intellectuelle et moyens de les faire respecter et prévention d'un usage abusif de ces droits) seront publiées ou, dans les cas où leur publication ne serait pas réalisable, mises à la disposition du public, dans une langue nationale de façon à permettre aux gouvernements et aux détenteurs de droits d'en prendre connaissance. Les accords concernant les questions faisant l'objet du présent accord qui sont en vigueur entre le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'un Membre et le gouvernement ou un organisme gouvernemental d'un autre Membre seront également publiés.

2. Les Membres notifieront les lois et réglementations mentionnées au paragraphe 1 au Conseil des ADPIC pour l'aider dans son examen du fonctionnement du pré sent accord. Le Conseil tentera de réduire au minimum la charge que l'exécution de cette obligation représentera pour les Membres et pourra décider de supprimer l'obligation de lui notifier directement ces lois et réglementations si des consultations avec l'OMPI au sujet de l'établissement d'un registre commun des lois et réglementations aboutissent. Par ailleurs, le Conseil étudiera à cet égard toute mesure qui pourrait être requise en ce qui concerne les notifications à présenter conformément aux obligations imposées par le présent accord qui découlent des dispositions de l'article 6*ter* de la Convention de Paris (1967).

3. Chaque Membre devra être prêt à fournir à un autre Membre qui lui en fait la demande par écrit des renseignements du genre de ceux qui sont mentionnés au paragraphe 1. Un Membre qui a des raisons de croire qu'une décision judiciaire ou administrative ou un accord bilatéral spécifique dans le domaine des droits de propriété intellectuelle affecte les droits qu'il tient du présent accord pourra demander par écrit à avoir accès à cette décision judiciaire ou administrative ou à cet accord bilatéral spécifique ou à en être informé d'une manière suffisamment détaillée.

4. Aucune disposition des paragraphes 1, 2 et 3 n'obligera les Membres à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées.

Article 64

Règlement des différends

1. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux

consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.

2. Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

3. Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel.