

OMPI



WIPO/ACE/5/10

ORIGINAL : anglais

DATE : 28 septembre 2009

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

COMITÉ CONSULTATIF SUR L'APPLICATION DES DROITS

Cinquième session
Genève, 2 – 4 novembre 2009

CONTRIBUTION DES TITULAIRES A L'APPLICATION DES DROITS ET SON COUT,
COMPTE TENU DE LA RECOMMANDATION N° 45 DU PLAN D'ACTION
DE L'OMPI POUR LE DEVELOPPEMENT

*Document établi par M. Sisule F. Musungu, président de IQsensato**

* Les points de vue exprimés dans le document sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux du Secrétariat de l'OMPI ou de ses États membres.

TABLE DES MATIÈRES

RESUME

1.....	INTRODUCTION
2.....	EQUILIBRER LES INTERETS: L'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS LE CONTEXTE DE L'ARTICLE 7 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC
3.....	DONNER DU SENS A LA RECOMMANDATION N° 45 DU PLAN D'ACTION DE L'OMPI POUR LE DEVELOPPEMENT : ETUDES DE CAS ILLUSTRATIVES
3.1	LIBERTE DE TRANSIT : MESURES A LA FRONTIERE ET COMMERCE INTERNATIONAL
3.2	MESURES PROVISOIRES
3.3	SANCTIONS PENALES
3.4	PRATIQUES ABUSIVES D'APPLICATION DES DROITS : EXEMPLES ET INCIDENCES
3.4.1	EXEMPLE 1 : ABUS DES PROCEDURES D'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS LE CONTEXTE DU DROIT DE LA CONCURRENCE
3.4.2	EXEMPLE 2 : MENACES DE POURSUITES INJUSTIFIEES
3.4.3	EXEMPLE 3 : DELITS CIVILS D'"ABUS DE PROCEDURE" ET DE "POURSUITES INJUSTIFIEES"
4.....	LE ROLE DES DETENTEURS DE DROITS ET LES INCIDENCES, POUR EUX, DE L'APPLICATION DE LA RECOMMANDATION N° 45 DU PLAN D'ACTION DE L'OMPI POUR LE DEVELOPPEMENT
4.1	SENSIBILISATION CONSTRUCTIVE
4.2	ATTENTION ACCRUE A APPORTER AUX SAUVEGARDES ET AUX MESURES DE PREVENTION DES ABUS
4.3	CREDIBILITE DES DONNEES ET RECHERCHE SUR LA CONTREFAÇON ET LE PIRATAGE
5.....	CONCLUSION

RESUME

1. Cette étude est destinée à examiner les incidences que la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement a sur l'application des droits de propriété intellectuelle et les travaux de l'OMPI dans ce domaine. Le présent résumé a pour objet de servir de base aux débats qui se déroulent au sein du Comité consultatif sur l'application des droits (ACE) et de les stimuler plutôt que de tenter d'apporter des réponses ou un point de vue définitif sur les questions soulevées. L'étude qui est axée dans son ensemble sur la contribution des titulaires à l'application des droits et son coût, est divisée en trois subdivisions principales, à savoir : l'équilibre des intérêts - l'application des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC; le sens à donner à la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, illustré à travers des études de cas; et enfin le rôle que les titulaires de droits jouent dans la mise en œuvre de la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement et les incidences que cette mise en œuvre a pour eux.

2. L'explosion que connaissent la création, la demande et l'octroi de différents droits de propriété intellectuelle a engendré manifestement une hausse correspondante de la demande de mise en place de régimes d'application des droits de propriété intellectuelle dans le monde. De ce fait, l'application des droits de propriété intellectuelle suscite une attention sans précédent dans les différents pays. Face à la demande croissante en faveur de la propriété intellectuelle et à l'utilisation accrue du système de la propriété intellectuelle sur le marché, les différentes parties prenantes comprenant les titulaires de droits de propriété intellectuelle, les pouvoirs publics, les consommateurs, les chercheurs, les universitaires et le grand public ont fait part d'un large éventail de préoccupations dans leurs débats sur la question.

3. En conséquence, la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement devrait être considérée comme s'inscrivant dans le cadre des efforts déployés en vue de faire face à une nouvelle ère en ce qui concerne l'application des droits de propriété intellectuelle. À en juger par les textes antérieurs de la recommandation, on peut raisonnablement conclure que la question sous-jacente qu'elle pose, concerne :

- la recherche d'un équilibre, compte tenu notamment de l'accent mis sur les préoccupations des titulaires de droits en ce qui concerne leurs obligations ou celles des autres parties prenantes;
- l'équité dans la mise en œuvre des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle;
- la prévention de l'usage abusif de ces procédures;
- la souplesse dans la mise en œuvre des mesures d'application des droits de propriété intellectuelle; et
- la disponibilité de données et d'éléments probants permettant d'adopter de meilleures décisions politiques.

4. L'article 7 de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), qui est l'élément central de la recommandation, prévoit la réalisation de divers objectifs qui laissent supposer de multiples intérêts en jeu et la participation de diverses parties prenantes. La difficulté que pose la mise en œuvre de la recommandation n° 45, consiste donc à faire en sorte que l'application des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle produise de

meilleures retombées pour l'innovation en général, les titulaires de droits de propriété intellectuelle et les consommateurs et contribue au bien-être social et économique général. Relever ce défi n'est nullement une tâche facile.

5. Estimant concrètement que l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC constitue une clause interprétative, on ne peut donner du sens à la recommandation n° 45 qu'en l'utilisant comme un cadre permettant d'examiner attentivement des cas particuliers dans lesquels il est difficile de trouver un juste équilibre entre les différents intérêts et préoccupations. Cette étude présente quatre cas caractéristiques permettant de mettre en évidence des domaines dans lesquels une approche fondée sur la recommandation n° 45 pourrait servir de base à l'établissement d'un dialogue constructif et à la recherche d'un consensus. Ces quatre cas portent sur l'application de mesures à la frontière instaurant un contrôle des marchandises en transit, des mesures provisoires, le recours à des sanctions pénales et les pratiques abusives en matière d'application des droits.

6. Les droits de propriété intellectuelle n'ont une valeur pour leurs titulaires qu'à condition d'être effectivement appliqués. La recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement revête donc un sens particulier pour les titulaires de droits qui, avec toutes les autres parties prenantes aux activités de l'OMPI, ont un rôle important à jouer dans sa mise en œuvre. Si on prend en considération les préoccupations sous-tendant cette recommandation, les titulaires de droits auraient entre autres pour mission de s'efforcer de défendre, de manière constructive, les intérêts des groupes de consommateurs, en s'engageant notamment plus activement auprès d'eux; de porter manifestement une plus grande attention à la question des sauvegardes et à l'usage abusif des procédures destinées à faire respecter les droits dans leurs activités éducatives, de formation et de renforcement des capacités, notamment en ce qui concerne les principes directeurs élaborés par les groupes représentatifs tels que la Chambre de commerce internationale (CCI); d'appuyer les efforts déployés en particulier par les institutions publiques pour améliorer l'exactitude et la crédibilité des données relatives à la contrefaçon, au piratage et autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

1. INTRODUCTION

1. Le nombre de titres de propriété intellectuelle créés, demandés et accordés a atteint des records. Selon le rapport de l'OMPI intitulé *Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle pour l'année 2009*, nonobstant le ralentissement imputable à la récession économique mondiale, les chiffres atteignent un niveau sidérant¹. Le rapport signale qu'en 2007 :

- Près de 1,85 million de demandes de brevet ont été déposées dans le monde. 764 700 brevets ont été délivrés cette année-là.
- Quelque 3,3 millions de demandes d'enregistrement de marques ont été déposées dans le monde. Le chiffre exprimé en nombre d'enregistrements s'établissait à 2,2 millions, portant le total des marques en vigueur à 16,4 millions.
- Les demandes d'enregistrement de dessins et modèles se chiffraient à 621 000.

Le nombre de droits d'auteur créés dans le monde en 2007 ou une autre année se chiffrerait probablement en milliards bien que les Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle ne couvrent pas les droits d'auteur puisque aucun enregistrement n'est généralement requis.

2. L'explosion que connaissent la création, la demande et l'octroi de différents droits de propriété intellectuelle a engendré manifestement une hausse correspondante de la demande de mise en place de régimes de sanction des droits de propriété intellectuelle dans le monde. De ce fait, l'application des droits de propriété intellectuelle suscite une attention sans précédent dans les différents pays². Cette attention accrue est le reflet du large éventail des

¹ Voir le rapport de l'OMPI intitulé : *Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle*, OMPI, Genève, 2009.

² Outre les centaines, voire milliers de mesures prises à l'échelle nationale, un grand nombre de processus et de mesures actuellement mis en œuvre à l'échelle internationale visent à garantir l'application des droits de propriété. Pour un exposé et un examen de certaines de ces mesures et questions internationales, voir par exemple le rapport du Secrétariat de l'OMPI intitulé : "Activités récentes de l'OMPI dans le domaine de l'application des droits de propriété intellectuelle et travaux futurs du Comité consultatif", ce document WIPO/ACE/3/2 peut être consulté sur le site Web de l'Organisation à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_3/wipo_ace_3_2.pdf; La Déclaration de Dubaï adoptée à l'issue du quatrième Congrès mondial sur la lutte contre la contrefaçon et le piratage est disponible à l'adresse : <http://www.ccapcongress.net/archives/Dubai/Files/Final%20Dubai%20Outcomes%20Declaration.pdf>; Enfin des informations sur les activités décrites dans le plan d'action du monde de l'entreprise pour mettre un terme à la contrefaçon et au piratage (BASCAP) lancé par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) sont disponibles à l'adresse : <http://www.iccwbo.org/bascap/id1127/index.html>; on peut consulter le rapport de l'OCDE sur "les incidences économiques de la contrefaçon et du piratage" à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/11/38/38704571.pdf>; on peut consulter le rapport du Groupe d'experts sur les droits de propriété intellectuelle (IPEG) réunis au sommet du G8 de 2009 à l'adresse suivante : http://www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/ITALY%20G8%20IPEG%20Final%20Report,0.pdf; le rapport de Susan Sell intitulé : "Global IP Upward Ratchet, Anticounterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play", document hors série n° 1 de l'association *IQsensato*, Genève, juin 2008, est disponible à l'adresse :

préoccupations exprimées par les différentes parties prenantes dont les titulaires de droits, les pouvoirs publics, les consommateurs, les chercheurs, les universitaires et le grand public. Ces préoccupations sont en général de deux ordres. Il y a tout d'abord celles concernant le niveau sans précédent atteint par la contrefaçon, le piratage des œuvres protégées par les droits d'auteur et les autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Viennent ensuite celles concernant les risques d'un usage abusif des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

3. Les discussions politiques et diplomatiques et les débats de fond sur l'application des droits de propriété intellectuelle révèlent des divergences d'opinions sur toute une série de questions, parmi lesquelles la dimension du problème de la contrefaçon, du piratage portant atteinte aux droits d'auteur et des autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et les méthodes utilisées pour calculer les pertes subies par les titulaires de droits, les incidences commerciales et économiques de la contrefaçon des marques et du piratage des œuvres couvertes par des droits d'auteur, et les répercussions sociales des différentes mesures prises en matière d'application des droits de propriété intellectuelle. Dans certains cas, se pose la question fondamentale de savoir si le système³ est capable de maîtriser ces problèmes³.

4. Bien que l'application des droits de propriété intellectuelle s'est toujours inscrite dans l'évolution du système international de propriété intellectuelle, il faut reconnaître que l'Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) adopté dans le cadre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), marque le début d'une nouvelle ère pour l'application des droits de propriété intellectuelle⁴. L'Accord sur les ADPIC revêt une importance particulière car il instaure pour la première fois un cadre contextuel clair⁵, des principes d'interprétation⁶ et des règles détaillées et des

[Suite de la note de la page précédente]

http://www.iqsensato.org/wp-content/uploads/Sell_IP_Enforcement_State_of_Play-OPs_1_June_2008.pdf, l'étude réalisée par Fink, Carsten et Carlos Correa intitulée : "The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries", *Issue Paper 22*, Centre international pour le commerce et le développement durable (ICTSD), Genève, 2008, est disponible à l'adresse http://www.iprsonline.org/New%20009/fink-correa_feb2009.pdf; enfin le mémoire de recherche rédigé par Ermias Biadgleng et Viviana Munoz intitulé : "The Changing Structure and Governance of Intellectual Property Enforcement", rapports de recherche n° 15, Centre-Sud, Genève, 2008, est disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1210622.

³ L'exemple montre comment le système des droits d'auteur, tel qu'il est actuellement conçu, est capable de faire face aux difficultés que pose le respect des droits de propriété intellectuelle dans l'environnement numérique. Dans son rapport à l'Assemblée générale de l'OMPI de 2009, M. Francis Gurry, directeur général de l'OMPI, montre, par exemple, que les moyens actuellement disponibles permettant aux créateurs de mener une existence économique digne tout en assurant, dans le même temps, la diffusion la plus large possible des œuvres de création à un prix abordable, c'est-à-dire l'institution des droits d'auteur, sont en péril et nécessitent de repenser fondamentalement la manière dont nous essayons de trouver des solutions. On peut consulter le rapport sur le site Web de l'OMPI à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/meetings/en/2009/a_47/a47_dg_speech.html.

⁴ On peut obtenir le texte de l'Accord sur les ADPIC auprès de l'OMC, *les textes de loi – les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay*, Presse universitaire de Cambridge, Cambridge, 1999, pp. 321-353.

⁵ Le cadre contextuel est défini dans le préambule de l'Accord. L'Accord sur les ADPIC prend acte :

- du souhait des États membres de l'OMPI de "limiter les pratiques qui faussent le

[Suite de la note page suivante]

disciplines régissant la protection des droits de propriété intellectuelle et leur application⁷. L'influence globalisante de l'Accord sur les ADPIC explique dans une large mesure le nombre record de demandes et d'obtention de droits de propriété intellectuelle.

5. Dans son préambule, l'Accord sur les ADPIC indique clairement qu'il se justifie en partie par l'opinion selon laquelle le système qui existait avant son adoption était incapable de résoudre les problèmes que posent, d'une manière générale, le commerce de produits contrefaisants et la violation de la propriété intellectuelle. Lors des négociations de cet accord, le représentant des États-Unis d'Amérique avait exposé les lacunes du cadre juridique mis en place à l'époque pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, à savoir :

- incapacité du système à fournir aux titulaires de droits les moyens de faire respecter leurs droits dans les différents pays;
- incapacité du système à collecter efficacement des éléments probants;
- retards de procédures;
- incapacité du système à prévoir la mise en œuvre de mesures provisoires efficaces.
- octroi de dommages et intérêts insuffisants et sanctions pénales inadéquates;
- absence de mesures à la frontière⁸.

Visant de ce fait à remédier aux difficultés liées à l'application des droits de propriété intellectuelle et au commerce de produits contrefaisants, l'Accord sur les ADPIC est devenu

[Suite de la note de la page précédente]

commerce international [...] 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.”

- de la nécessité d'établir de nouvelles règles et disciplines permettant “d'élaborer des 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.”

Le préambule de l'Accord sur les ADPIC est appréhendé en tant que contexte convenu fondé sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui reconnaît le préambule d'un traité comme contexte aux fins de l'interprétation de ce traité. Voir la Série des traités des Nations Unies, vol. 1155, qui peuvent être consultées par voie électronique à l'adresse suivante : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Selon Gervais, le premier considérant implique en particulier que les États membres de l'OMPI sont conscients du fait qu'une protection et une application insuffisantes des droits de propriété intellectuelle aboutiront à des pratiques qui faussent le commerce international et qu'une utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle entraînera un effet similaire. Cf. Gervais et Daniel : *The TRIPS Agreement Drafting History and Analysis*, troisième édition, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

⁶ L'orientation interprétative est présentée sous forme d'objectifs de l'Accord, qui sont énoncés à l'article 7.

⁷ Les règles et les disciplines particulières régissant l'application des droits de propriété intellectuelle sont indiquées dans la partie III de l'Accord sur les ADPIC. Elles prévoient des obligations générales; des procédures et mesures correctives civiles et administratives; des mesures provisoires; des prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière; et des procédures pénales.

⁸ Tiré de l'étude de Jayashree Watal intitulée : *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, p. 335.

la référence pour le débat de portée mondiale sur l'application des droits de propriété intellectuelle et les efforts déployés en la matière, y compris les travaux du Comité consultatif sur l'application des droits⁹.

6. En conséquence, la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement¹⁰ devrait être considérée comme s'inscrivant dans les efforts déployés en vue de faire face à une nouvelle ère pour l'application des droits de propriété intellectuelle. Bien qu'elle prévoit d'aborder cette question dans le contexte plus large de l'intérêt général, et en particulier des préoccupations relatives au développement, dans le but de respecter les intentions de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, la recommandation n° 45 codifie essentiellement une position largement acceptée. La situation à laquelle le monde de la propriété intellectuelle est aujourd'hui confronté, est très différente de celle qui régnait lorsque l'Accord sur les ADPIC a été adopté en 1994. Il y a beaucoup plus d'acteurs et d'intérêts en jeu étant donné le nombre de pays participants, le nombre et la diversité des titulaires de droits, sans parler des consommateurs plus divers. Les répercussions pratiques de cette recommandation sont donc bien plus manifestes.

7. Cette étude est destinée à examiner les incidences que la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement a sur l'application des droits de propriété intellectuelle et les travaux de l'OMPI dans ce domaine. L'étude qui est axée dans son ensemble sur la contribution des titulaires à l'application des droits et son coût, est divisée en trois subdivisions principales, à savoir : l'équilibre des intérêts et l'application des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC; le sens à donner à la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement en l'illustrant par des études de cas; et enfin le rôle que les titulaires de droits jouent dans la mise en œuvre de cette recommandation et les incidences que cette mise en œuvre a pour eux. Pour ce qui est de l'approche, l'étude a été rédigée pour servir de base aux débats qui se

⁹ Le Comité consultatif sur l'application des droits (ACE) a été créé en septembre 2002 sur décision de l'Assemblée générale de l'OMPI et a reçu pour mandat d'apporter une assistance technique en ce qui concerne l'application des droits de propriété intellectuelle et d'assurer sa coordination au niveau mondial. Ses travaux sont axés sur les objectifs suivants : coordination avec certaines organisations et le secteur privé pour lutter contre la contrefaçon et le piratage; éducation du public; assistance; coordination en vue de l'organisation de programmes de formation nationaux et régionaux à l'intention de toutes les parties prenantes et échange d'informations grâce à l'établissement d'un forum électronique. Pour le descriptif du mandat, voir le paragraphe 14 du document OMPI WO/GA/28/7, qui peut être consulté sur le site Web de l'Organisation, à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_28/wo_ga_28_7.pdf. On peut obtenir des informations sur les travaux du Comité consultatif à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=142.

¹⁰ Le Plan d'action de l'OMPI pour le développement se compose d'une série de 45 recommandations adoptées par l'Assemblée générale de l'OMPI en 2007 en vue d'intégrer la dimension "développement" dans tous les programmes et toutes les activités de l'Organisation. Le Plan d'action (consultable à l'adresse : <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>) porte sur un certain nombre de questions liées aux groupes d'activités suivants : assistance technique et renforcement des capacités; établissement de normes; transfert de technologie et techniques de l'information et de la communication (TIC); accès au savoir; évaluations et études d'impact; questions institutionnelles, mandat et gouvernance; et autres questions, notamment l'application des droits de propriété intellectuelle.

déroulent au sein du Comité consultatif et les stimuler plutôt que de tenter d'apporter des réponses ou un point de vue définitif sur les questions soulevées.

8. Étant donné que la mise en œuvre de la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement reste encore à être examinée de manière approfondie par les États membres de l'OMPI, il importe de souligner d'emblée que la présente étude ne peut être considérée, de ce fait, que comme étant provisoire. Il convient donc de la prendre comme l'une des nombreuses contributions qui seront nécessaires pour s'attaquer pleinement aux problèmes que posent la signification concrète et les conditions de mise en œuvre de cette recommandation.

2. EQUILIBRER LES INTERETS : L'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE CONTEXTE DE L'ARTICLE 7 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

9. La recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement prévoit que l'application des droits de propriété intellectuelle doit être replacée :

“[D]ans le contexte plus large de l'intérêt général et en particulier des préoccupations relatives au développement, étant donné que ‘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’, conformément à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.”¹¹

On peut trouver les textes antérieurs de cette recommandation dans deux des 14 propositions présentées par les États membres de l'OMPI au cours du processus de négociation sur l'établissement du Plan d'action de l'OMPI pour le développement¹².

10. Le libellé principalement utilisé pour la proposition s'inspire essentiellement de celui de la proposition visant à établir un Plan d'action de l'OMPI pour le développement, qui a été présentée par le groupe des Amis du développement à l'Assemblée générale de l'OMPI en 2004¹³. Dans ce document, ces pays insistent sur le fait que “l'application des droits de propriété intellectuelle devrait aussi être appréhendée dans le contexte plus large de l'intérêt social et du développement, conformément à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.” L'énoncé définitif, tel qu'il figure dans la recommandation n° 45, apporte des modifications au libellé antérieur en reprenant intégralement le texte de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.

¹¹ Voir le groupe F du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, *Id.*

¹² La liste complète et le texte intégral des propositions présentées par les États membres peuvent être consultés sur le site WEB de l'OMPI à l'adresse suivante :
http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/proposal_papers.html.

¹³ Voir le document de l'OMPI WO/GA/31/11, section VI à la page 4. Ce document est disponible sur le site Web de l'OMPI à l'adresse :
http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=31_737.

11. Le groupe des Amis du développement a exprimé un certain nombre de préoccupations quant à la compréhension de la phraséologie utilisée dans la recommandation n° 45 du Plan d'action pour le développement et de son but apparent. En portant leur attention sur les travaux du Comité consultatif sur l'application des droits, le groupe a affirmé notamment que :

“Dans l'exécution de son mandat, le comité consultatif devrait s'inspirer d'une conception équilibrée de l'application des droits de propriété intellectuelle. Il ne saurait appréhender la question de l'application des droits uniquement du point de vue des titulaires, ni voir ses discussions limitées à la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Ces discussions sont certes importantes, mais le comité doit aussi examiner les moyens d'assurer au mieux la mise en œuvre de toutes les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, y compris celles qui entraînent également des obligations pour les titulaires de droits.

“Il convient d'attacher une attention particulière à la nécessité de faire en sorte que les procédures d'application des droits soient justes et équitables et qu'elles ne donnent pas lieu, de la part des titulaires de droits, à des pratiques abusives restreignant indûment la concurrence légitime.”¹⁴

12. L'autre proposition qui est centrée en substance sur les liens existant entre l'application des droits et le développement est celle du groupe des pays africains¹⁵ dans laquelle il indique que :

“[L']architecture internationale actuelle de la propriété intellectuelle doit être démocratisée et adaptée aux besoins et aspirations des pays en développement et des pays les moins avancés, en particulier dans les domaines cruciaux pour les besoins et le bien-être de leurs populations. Les droits de propriété intellectuelle et les mesures visant à les appliquer doivent également être compatibles avec les normes et règles internationales en matière de droits de l'homme, s'agissant en particulier des questions relatives aux moyens de subsistance et aux perspectives des peuples des pays en développement. Leurs droits à une vie de qualité, à l'accès aux biens vitaux tels que les médicaments, la nourriture et le savoir, ainsi qu'à des perspectives de développement intellectuel et culturel, ne doivent pas être indûment compromis ni entravés par une application stricte et indifférenciée des droits de propriété intellectuelle.

“Les sociétés se développent à des rythmes différents en fonction de leurs conditions historiques objectives. Tout progrès humain se fonde sur un socle de connaissances, de notions, de pratiques, d'innovations, de créativité et d'industries transmis d'une génération à l'autre. Par conséquent, le savoir n'a ni frontière ni limite, et ne provient jamais d'une source unique. Dans ce contexte, il importe de concilier les droits légitimes et inaliénables des nations au développement et la nécessité d'appliquer les droits de propriété intellectuelle.”¹⁶

¹⁴ Voir la section VI du document WO/GA/31/11, *Id.*

¹⁵ Voir le document de l'OMPI IIM/3/2 disponible à l'adresse http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=47470.

¹⁶ Voir les paragraphes 8 et 9 du document IIM/3/2, *id.* La numérotation des paragraphes est omise dans la citation.

13. Hors des négociations relatives au Plan d'action de l'OMPI pour le développement, la question ayant trait à l'équilibre, compte tenu notamment des exigences de l'Accord sur les ADPIC, avait déjà gagné en importance dans les débats et les travaux de recherche relatifs à la propriété intellectuelle menés à l'échelon international en 2004 - lorsque la proposition visant à établir un plan d'action pour le développement a été présentée pour la première fois. Dans son rapport 2002, par exemple, la Commission sur les droits de propriété intellectuelle du Gouvernement du Royaume-Uni avait abordé la question ayant trait à l'équilibre dans l'application des droits en des termes se rapprochant de ceux utilisés par le groupe des Amis du développement et le groupe des pays africains. Dans le chapitre consacré aux capacités institutionnelles, elle écrivait ce qui suit :

“Nous convenons que les systèmes d'application des droits mis en place dans les pays en développement doivent traiter le problème des atteintes graves aux droits de propriété intellectuelle avec plus d'efficacité. S'il importe de préserver le rôle incitatif que joue le système envers les titulaires de droits de propriété intellectuelle, il est tout aussi important que les pays en développement mettent en place des institutions capables de le faire d'une manière équilibrée et stimulant la concurrence. Plus précisément, les institutions de pays en développement qui sont chargées de l'application des droits doivent être assez solides pour déterminer si les droits de propriété intellectuelle sont valables ou non et s'opposer à leur utilisation éventuellement abusive imputable à des pratiques commerciales restrictives telles que les “litiges stratégiques.” Par exemple, dans la mesure où on exercerait une pression sur les pays en développement afin qu'ils prévoient des systèmes juridiques permettant d'obtenir plus rapidement ou facilement une injonction, ils courent le risque de faire l'objet d'abus de la part des titulaires de droits de propriété intellectuelle et donc de freiner la concurrence légitime. Étant donné que pour être en conformité avec l'Accord sur les ADPIC, on a renforcé les régimes de sanction des droits de propriété intellectuelle en vigueur dans les pays en développement, il est fondamental de mettre l'accent sur la nécessité de protéger l'intérêt général et de mettre en place une procédure équitable pour l'une ou l'autre des parties au litige.”¹⁷

Quelques années plus tôt, la Banque mondiale avait abordé la question ayant trait à la recherche d'un équilibre en ces termes : “le rôle incitatif du secteur privé dans la création de connaissances au regard des retombées sociales qui découlent de la diffusion de celles-ci”¹⁸. Les travaux préparatoires relatifs à la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique donnent également une bonne idée du débat que suscite cette question au niveau international.

14. Au cours de ces délibérations, si certains délégués ont accepté l'idée de recherche d'un équilibre exprimée ci-dessus, d'autres ont lancé un appel invitant à se consacrer davantage à la production de données et d'éléments probants permettant de mieux saisir la nature et la dimension du problème que pose la violation des droits de propriété intellectuelle afin d'assurer le bon fonctionnement du système de la propriété intellectuelle et par conséquent

¹⁷ Rapport publié par la Commission sur les droits de propriété intellectuelle du Gouvernement du Royaume-Uni sous le titre : *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Commission sur les droits de propriété intellectuelle, Londres, 2002, p. 164.

¹⁸ Cf. le rapport de la Banque mondiale intitulé : “Connaissances pour le développement”, Rapport sur le développement dans le monde 1998/1999, Banque mondiale, Washington D.C., 1999, p. 146.

son équilibre. Lors des négociations relatives au Plan d'action de l'OMPI pour le développement, la délégation des États-Unis d'Amérique a formulé, par exemple, l'observation et la proposition suivantes en ce qui concerne les travaux du Comité consultatif :

“Même si les coûts de la contrefaçon et du piratage de la propriété intellectuelle (et les avantages de la lutte contre ces phénomènes) commencent à être mieux cernés, il reste encore beaucoup à faire. Pour contribuer à combler ces lacunes, le Comité consultatif de l'OMPI sur l'application des droits devrait examiner et analyser le lien entre les taux de contrefaçon et de piratage de la propriété intellectuelle, d'une part, et le transfert de technologie, l'investissement étranger direct et la croissance économique, d'autre part. Le Secrétariat de l'OMPI pourrait contribuer à la collecte de données sur les taux de piratage.”¹⁹

15. Dans l'ensemble, le texte des propositions formulées par le groupe des Amis du développement, le groupe des pays africains et les États-Unis d'Amérique ainsi que les études et rapports, notamment le rapport établi par la Commission sur les droits de propriété intellectuelle permettent de raisonnablement conclure que derrière la recommandation n° 45 apparaît la question sous jacente se rapportant à :

- la recherche d'un équilibre, compte tenu notamment de l'accent mis sur les préoccupations des titulaires de droits en ce qui concerne leurs obligations ou celles des autres parties prenantes;
- l'équité dans la mise en œuvre des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle;
- la prévention de l'usage abusif des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle;
- la souplesse dans la mise en œuvre des mesures d'application des droits de propriété intellectuelle; et
- la disponibilité de données et d'éléments probants permettant d'adopter de meilleures décisions politiques et de se concentrer sur les principaux domaines critiques.

16. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC constitue une clause interprétative. Énonçant les objectifs à atteindre, il donne par conséquent des indications sur les modalités d'interprétation et de mise en œuvre de ses dispositions de fond, notamment celles relatives à l'application des droits²⁰. Concrètement, l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC peut être considéré comme une composante fondamentale permettant :

- d'une part, d'invoquer les obligations spécifiques relatives à la protection et à l'application des droits de propriété intellectuelle; et

¹⁹ Voir le document de l'OMPI PCDA/1/4 consultable sur le site Web de l'Organisation à l'adresse http://www.wipo.ch/edocs/mdocs/mdocs/en/pcda_1/pcda_1_4.pdf.

²⁰ Il est important dans ce contexte de rappeler également que le texte de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC a été élaboré à partir d'une proposition présentée en 1990 par un groupe de pays en développement dont certains font partie du groupe des Amis du Développement. Pour un débat sur ce point, voir Gervais, note 5 *supra* et l'ouvrage de référence sur l'Accord sur les ADPIC et le développement de la CNUCED/ICTSD, Presse universitaire de Cambridge, New York, 2005.

- d’autre part, d’invoquer la faculté de restreindre lesdites obligations.

La recommandation n° 45 du Plan d’action de l’OMPI pour le développement préconise par conséquent que les dispositions sur le respect des droits de l’Accord sur les ADPIC soient appliquées et interprétées dans les législations nationales de manière à prendre acte de l’obligation et de la nécessité d’une sanction efficace des droits de propriété intellectuelle et de la limitation de sa portée.

17. L’article 7 indique clairement que les règles et les disciplines établies en vertu de l’Accord sur les ADPIC ont des objectifs multiples, incluant les objectifs de :

- stimuler l’innovation technologique;
- promouvoir le transfert et la diffusion de l’innovation technologique;
- protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle que détiennent ceux qui génèrent et ceux qui utilisent l’innovation technologique;
- veiller à ce que la protection et l’application des droits de propriété intellectuelle soient assurées d’une manière propice au bien-être social; et
- assurer un équilibre des droits et des obligations des différentes parties prenantes au système de propriété intellectuelle.

18. Les divers objectifs impliquent une multiplicité des intérêts en jeu et les parties prenantes concernées. La difficulté que pose la mise en œuvre de la recommandation n° 45, consiste donc à faire en sorte que l’application des procédures et mesures correctives civiles et administratives; des mesures provisoires; des mesures à la frontière; et des procédures pénales produise de meilleures retombées pour l’innovation en général, les titulaires de droits de propriété intellectuelle et les consommateurs, et contribue au bien-être social et économique général.

19. Relever ce défi n’est nullement une tâche facile. S’il est possible de parvenir à un large consensus international dans nombre de ces domaines, la mesure dans laquelle les objectifs prévus à l’article 7 ont été atteints et la recherche d’un équilibre optimal entre les divers intérêts et préoccupations des différentes parties prenantes donneront des résultats disparates suivant les pays. C’est particulièrement le cas car on emploie principalement l’expression “équilibre” en faisant référence à la recherche d’un équilibre entre les intérêts d’un groupe par rapport à un autre groupe (titulaires de droits contre consommateurs; titulaires de droits contre la société dans son ensemble, etc..) par opposition à la recherche d’un équilibre entre une diversité d’intérêts en même temps²¹.

20. À cela vient s’ajouter la complexité résultant du fait qu’il est généralement admis que de nombreuses dispositions sur le respect des droits de l’Accord sur les ADPIC incorporent des dispositions régulatrices²². Dans ce cas, le rôle de l’article 7 de l’Accord sur les ADPIC peut se trouver diminué ou remis en question. Il ne s’agit nullement d’un argument spéculatif.

²¹ Pour une discussion approfondie sur la signification du mot “équilibre” dans le contexte de l’Accord sur les ADPIC, voir par exemple le document de recherche 09-04 d’Andrea Wechsler, intitulé : “Spotlight on China: Piracy, Enforcement and the Balance Dilemma in Intellectual Property Law”, 2009, Institut Max-Planck de droit de la propriété intellectuelle. Ce document est disponible à l’adresse : SSRN :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1354487.

²² CNUCED et ICTSD, note 20 *supra*, p. 605.

Dans l'affaire *Canada - protection par brevet des produits pharmaceutiques*, l'Union européenne avait fait valoir que les dispositions des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC "constituent des déclarations indiquant l'appréciation des objectifs qui a déjà eu lieu lors des négociations sur le texte final de l'Accord sur les ADPIC."²³ Autrement dit, les dispositions précises de l'Accord sur les ADPIC, telles que celles sur le respect des droits sont en elles-mêmes l'expression de l'équilibre prévu à l'article 7.

21. En conséquence, la tâche consistant à donner un sens concret à la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement dans le cadre des travaux du Comité consultatif doit être abordée avec une certaine prudence.

3. DONNER DU SENS A LA RECOMMANDATION N° 45 DU PLAN D'ACTION DE L'OMPI POUR LE DEVELOPPEMENT : ETUDES DE CAS ILLUSTRATIVES

22. On ne peut donner une signification concrète à la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement qu'en s'en servant comme un cadre permettant d'interroger des scénarios d'application des droits spécifiques lorsqu'il est compliqué de trouver un juste équilibre entre différents intérêts et préoccupations. Comme indiqué plus haut, cela s'explique par le fait que la solution à la question ayant trait à l'équilibre différera suivant les cas et les scénarios envisagés et que la notion d'équilibre est incorporée dans de nombreuses dispositions sur le respect des droits de l'Accord sur les ADPIC. Cet équilibre inhérent aux dispositions particulières devrait servir de fondement à la résolution des cas clairs²⁴.

23. Dans la présente étude, on a choisi quatre exemples caractéristiques pour mettre en évidence certains domaines dans lesquels la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement peut offrir un cadre pour une réflexion approfondie. Ces exemples se rapportent à l'application des mesures à la frontière visant les marchandises en transit, des mesures provisoires, de sanctions pénales et à l'usage abusif de mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Dans ce dernier cas, les exemples choisis illustrent certains types de comportements répréhensibles en matière d'application de mesures à la frontière, de mesures provisoires et de recours à des sanctions pénales.

24. Comme il est indiqué dans l'introduction à la présente étude, l'approche adoptée pour chaque cas consiste à récapituler les principaux points de divergence exprimés par les différentes parties prenantes ou écoles de pensée afin de permettre aux membres du Comité consultatif d'étudier l'usage qu'ils pourront faire du cadre de la recommandation n° 45 du Plan d'action pour le développement dans le but de faire mieux comprendre ces questions complexes et de parvenir à un consensus sur ces dernières

3.1 LIBERTE DE TRANSIT : MESURES A LA FRONTIERE ET COMMERCE INTERNATIONAL

²³ Voir le paragraphe 7.23 du rapport du jury dans le document de l'OMPI WT/DS114/R.

²⁴ Cette conclusion est compatible avec la Convention de Vienne sur le droit des traités dont l'article 31 exige qu'un traité soit interprété suivant le sens ordinaire à attribuer à ses dispositions.

25. L'Accord sur les ADPIC constitue une composante importante du système commercial multilatéral. C'est la raison pour laquelle il doit être considéré comme s'inscrivant dans les efforts déployés par les États membres en vue de réduire substantiellement les tarifs douaniers et les autres obstacles au commerce et d'éliminer le traitement discriminatoire dans le commerce international²⁵. Aux termes de l'Accord, la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle reflètent donc un certain nombre de considérations internationales en matière de commerce.

26. L'Accord, dans son préambule, reconnaît que l'article 7 (la clause d'objectifs) et ses dispositions de fond relatives à l'application des droits de propriété intellectuelle figurant dans la partie III sont dictés par le souhait des États membres qui ont conscience de la nécessité de :

- réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international;
- veiller à ce que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas des obstacles au commerce légitime;
- établir un cadre multilatéral pour traiter des questions relatives au commerce international de produits contrefaisants; et
- réduire les tensions commerciales sur le plan international en prévoyant des procédures efficaces et rapides de prévention et de règlement multilatéraux des litiges commerciaux dans le domaine de la propriété intellectuelle.

27. L'idée de lutter contre le commerce de produits contrefaisants tout en évitant d'utiliser la propriété intellectuelle susceptible de créer des obstacles au commerce international légitime rend particulièrement complexe et délicate l'application des règles en matière de propriété intellectuelle et des procédures à la frontière. Elle devient même plus complexe et sujette à controverse lorsqu'il s'agit d'appliquer ces procédures aux marchandises en transit. Il n'est donc pas surprenant de constater que la majeure partie du débat actuel sur l'application des droits porte sur les mesures à la frontière²⁶. Celui qui tourne autour de la question de l'application des mesures à la frontière visant les marchandises en transit est particulièrement animé.

28. Au cours des derniers mois, une attention particulière a été accordée à l'application du règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil et du code des douanes communautaire à certaines expéditions de produits génériques compte tenu de l'incidence des mesures d'application des droits de propriété intellectuelle sur le commerce légitime²⁷. Des préoccupations ont

²⁵ Voir le considérant 3 du préambule de l'Accord instituant l'OMC, *les textes de loi : Les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay*, Presse universitaire de Cambridge, Cambridge, 1999, p 4.

²⁶ Voir le rapport qu'a établi Carlos Correa, intitulé "The Push for Stronger Enforcement Rules : Implications for Developing Countries", document de fond de l'ICTSD n° 22 *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, ICTSD, Genève, 2008, pp. 29-paragraphes 48 à 80.

²⁷ Le règlement qui est disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0007:0014:EN:PDF>, définit les conditions dans lesquelles les autorités douanières peuvent intervenir sur des marchandises suspectées d'enfreindre les droits de propriété intellectuelle et appliquer les procédures qui s'imposent. Pour un examen approfondi de la controverse suscitée par les produits génériques, voir par exemple le document de travail établi par Xavier Seuba : "Border Measures Concerning Goods Allegedly Infringing Intellectual

également été exprimées concernant la législation en vigueur dans différents pays, telle que la loi kényane de 2008 destinée à mettre un terme à la contrefaçon, dont l'article 34 habilite les autorités douanières à saisir les marchandises contrefaisantes qui entrent sur le territoire du Kenya ou en sortent, notamment les marchandises en transit²⁸. Ce dernier cas a provoqué un problème concernant les droits de l'homme²⁹.

29. La question de l'interprétation et de l'application de l'article 51 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne le transport des marchandises en transit suscite une controverse; en effet, ledit article prévoit que :

“Les Membres adopteront, conformément aux dispositions énoncées ci-après, des procédures permettant tant 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 est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières. Les Membres pourront permettre qu'une telle demande soit faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, à condition que les prescriptions énoncées dans la présente section soient observées. Les Membres pourront aussi prévoir des procédures correspondantes pour la suspension par les autorités douanières de la mise en circulation de marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées de leur territoire.”³⁰

[Suite de la note de la page précédente]

Property Rights : The Seizures of Generic Medicines in Transit”, ICTSD, Genève, juin 2009 et celui de Shashank Kumar intitulé “Freedom of Transit and Trade in Generic Pharmaceuticals : An Analysis of EU Border Enforcement Law and Implications for the International Intellectual Property Law Regime”, *European Intellectual Property Review (EIPR)*, à paraître; disponible à l'adresse : SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1383067. On peut également consulter le rapport de Mara Kaitlin et William New intitulé : “Concerns Continue over Drug Seizures As Legality Debate Begins”, Veille “propriété intellectuelle”, Genève, 5 mars 2009 disponible à l'adresse : <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/03/05/concerns-continue-over-generics-drug-seizures-as-legality-debates-begin/> ainsi que le blog de International Economic Law and Policy qui a lancé un débat en la matière à l'adresse suivante : <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2009/01/generic-pharmaceuticals-patent-infringement-and-freedom-of-transit-.html>.

²⁸ On peut consulter le texte de la loi à l'adresse suivante :

l'adresse : http://www.kenyalaw.org/Downloads/Bills/2008/The_Anti-Counterfeit_Bill_2008.pdf. Concernant la controverse entourant cette loi, voir par exemple le rapport de Nicolas Wadhams intitulé “Kenya Pressured to Implement Anti-Counterfeit Law Despite Access Fears”, Veille “propriété intellectuelle”, Genève, 2 juillet 2009 disponible à l'adresse : <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/02/kenya-pressured-to-implement-anti-counterfeit-law-despite-access-fears/>.

²⁹ Voir le rapport de Nicolas Wadhams intitulé : “Kenya AIDS Patients Seek to Overturn Anti-Counterfeiting Law as Unconstitutional”, Veille “propriété intellectuelle”, Genève, 7 juillet 2009 disponible à l'adresse <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/07/kenyan-aids-patients-seek-to-overturn-anti-counterfeiting-law-as-unconstitutional/>.

³⁰ Notes de bas de page omises.

La question est de savoir si l'application des dispositions du présent article aux marchandises en transit, comme dans le cas du règlement de l'Union européenne constitue un obstacle au commerce légitime et une menace pour l'atteinte des objectifs de développement, notamment l'accès aux médicaments³¹. Plus précisément, comme on le verra dans la réflexion proposée ci-après, les arguments avancés portent sur la question de savoir si le fait d'appliquer l'article 51 de l'Accord sur les ADPIC de la manière prévue par le règlement (CE) n° 1383/2003 va à l'encontre des garanties en matière d'équilibre prévues à l'article 4, qui visent à faire en sorte que les procédures de sanction ne créent pas des obstacles au commerce légitime.

30. Il existe essentiellement deux points de vue sur la question de la légitimité et de l'équilibre dans l'application des mesures énoncées au règlement (CE) n° 1383/2003 pour les marchandises en transit.

31. D'un côté, les gouvernements tels que ceux du Brésil et de l'Inde, soutenus par une série d'organismes de la société civile et d'auteurs de commentaires, maintiennent que l'application des mesures prévues à l'article 51 au transport des marchandises en transit est contraire aux objectifs de l'Accord sur les ADPIC.

32. Lors de la réunion du Conseil des ADPIC qui s'est tenue à Genève, le 3 mars 2009, le représentant du Brésil a, par exemple, affirmé qu'outre le fait que cette approche constitue une violation de l'article V de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1994)³², l'application des mesures à la frontière conformément au règlement (CE) n° 1383/2003 pour les médicaments génériques exportés de l'Inde vers le Brésil, qui ne sont plus protégés par un brevet dans le pays importateur ou dans le pays exportateur, est contraire aux objectifs de l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 132 du procès-verbal de la réunion rapporte les propos tenus par le représentant du Brésil :

“[C]ette interprétation erronée et excessive des droits de propriété intellectuelle qui a des effets extraterritoriaux, contrarient les objectifs de l'Accord sur les ADPIC et détruit la nature des dispositions accordant des flexibilités aux pays en développement.

³¹ Il est intéressant de constater que l'article 51 de l'Accord sur les ADPIC est largement inspiré des législations nationales existantes. Voir les documents de la CNUCED et de l'ICTSD, note 20 *supra*, p. 609.

³² L'article V du GATT de 1994 traitant des marchandises en transit prévoit dans ses deux premiers alinéas que :

“1. Les marchandises (y compris les bagages) ainsi que les navires et autres moyens de transport seront considérés comme étant en transit à travers le territoire d'une partie contractante, lorsque le passage à travers ce territoire, qu'il s'effectue ou non avec transbordement, entreposage, rupture de charge ou changement dans le mode de transport, ne constituera qu'une fraction d'un voyage complet commençant et se terminant au-delà des frontières de la partie contractante sur le territoire de laquelle il a lieu. Dans le présent article, un trafic de cette nature est appelé “trafic en transit”.

“2. Il y aura liberté de transit à travers le territoire des parties contractantes pour le trafic en transit à destination ou en provenance du territoire d'autres parties contractantes empruntant les voies les plus commodes pour le transit international. Il ne sera fait aucune distinction fondée sur le pavillon des navires ou bateaux, le lieu d'origine, les points de départ, d'entrée, de sortie ou de destination ou sur des considérations relatives à la propriété des marchandises, des navires, bateaux, ou autres moyens de transport.”

L'article 7 prévoit que "le respect des droits de propriété intellectuelle" doit être assuré "d'une manière propice au bien-être social et économique". L'article 8 confirme le droit pour les États membres de prendre les mesures nécessaires pour "protéger la santé publique et la nutrition". Le représentant du Brésil a indiqué que les flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC revêtent une importance si capitale que lors de la Conférence ministérielle de l'OMC, les États membres ont décidé de les renforcer en adoptant la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, qui a également ouvert la voie à l'établissement des modalités prévues au paragraphe 6, apportant ainsi une réponse très demandée et longtemps attendue à la situation particulière des pays dans lesquels les capacités de fabrication des produits pharmaceutiques sont insuffisantes ou inexistantes."³³

33. Au cours de la même réunion, il est rapporté que le représentant de l'Inde a notamment constaté que :

"L'action menée par les autorités douanières néerlandaises consistant à saisir les médicaments génériques faisant l'objet d'échanges commerciaux entre les pays en développement en totale conformité avec les disciplines internationales va à l'encontre de l'esprit de l'Accord sur les ADPIC et de la résolution n° 2002/31 de la Commission des droits de l'homme qui prévoit le droit de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Des mesures de cette nature ont une incidence systémique négative sur le commerce légitime de médicaments génériques, le commerce Sud-Sud, les politiques nationales de santé publique et le principe d'un accès universel aux médicaments...

"Outre le fait que cette action va à l'encontre de l'esprit du système commercial fondé sur des règles et freine le libre échange, elle illustre le mauvais usage qui est fait de l'Accord sur les ADPIC et du système international de la propriété intellectuelle, et réduit les flexibilités établies par cet accord. L'article 41.1 dudit Accord prévoit que les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle "soient appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif" et l'article 41.2, que les procédures doivent être "justes et équitables". Il s'agit d'"obligations générales" relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui sont rappelées tout au long de la partie III de cet accord. Les mesures prises par les autorités douanières néerlandaises ont manifestement créé des obstacles au commerce légitime de médicaments génériques alors qu'il n'y avait aucun risque qu'ils soient détournés pour être revendus sur le marché intérieur³⁴."

34. D'un autre côté, l'Union européenne estime que l'application du règlement n° 1383/2003 au transport des marchandises en transit est conforme aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, notamment à ses objectifs. La raison en est, est-il argué, que l'Accord sur les ADPIC s'inscrit dans les efforts déployés au niveau international en vue de lutter contre le commerce des produits contrefaisants et que ledit règlement contient les sauvegardes prévues à l'article 41 de l'Accord sur les ADPIC. Cette conception du règlement

³³ Le procès-verbal de la réunion figure dans le document de l'OMPI IP/C/M/59.

³⁴ Voir les paragraphes 140 et 141 du procès-verbal de la réunion, *Id.* La numérotation des paragraphes est omise dans la citation.

est soutenue par certains universitaires et d'autres parties prenantes³⁵. Les paragraphes 149 et 150 du procès-verbal de la réunion du Conseil des ADPIC du 3 mars 2009 rapportent les propos tenus par le représentant de la Communauté européenne en réponse aux déclarations des délégations du Brésil et de l'Inde :

“[I]l est capital que les autorités douanières soient habilitées à contrôler les marchandises en transit suspectées d'enfreindre les droits de propriété intellectuelle. C'est le seul moyen de mettre un terme au trafic de produits potentiellement dangereux tels que les médicaments de contrefaçon, même lorsqu'ils sont livrés à destination de tous les pays. En fait, les actions menées dans le passé par les services douaniers de l'Union européenne ont probablement permis de sauver des vies humaines dans les pays de destination finale qui sont souvent des pays en développement. De nombreuses marchandises dangereuses telles que les médicaments de contrefaçon sont souvent expédiées à destination des pays en développement via un port ou un aéroport européen. Bien que les contrôles effectués par les agents des douanes sont parfois difficiles compte tenu de la complexité des produits, la délégation de la Communauté européenne a estimé que les services douaniers jouent un rôle déterminant pour empêcher qu'un afflux de médicaments de contrefaçon parvienne aux populations des pays en développement.

“En 2007, sur les 70 ou 80 millions de marchandises de contrefaçon et de marchandises pirates interceptées par les services des douanes européens, 40% l'ont été en transit. Encore en 2007, il ressortait des statistiques douanières européennes que le commerce des médicaments de contrefaçon avait substantiellement augmenté, affichant une hausse de 50% par rapport à 2006; 34% de ces médicaments contrefaits provenait de l'Inde.”

35. Dans le cadre du débat sur le règlement (CE) n° 1383/2003, certains universitaires, dont Seuba, soucieux de démontrer que le règlement ne fait pas obstacle au commerce légal de médicaments transitant par les douanes européennes, ont fait valoir que :

“[I]l conviendrait de modifier les articles 2.1.c)i)ii) et 10 du règlement (CE) n° 1383/2003 ou du moins d'en préciser le sens dans la mesure où ils subordonnent la saisie de marchandises déterminées à la situation juridique des brevets et à l'obtention d'un certificat complémentaire de protection dans le pays de transit.”³⁶

Seuba va jusqu'à suggérer l'idée de profiter du processus d'amendement en cours pour procéder à ces modifications.

36. Le débat que le Conseil des ADPIC a engagé sur le règlement (CE) n° 1383/2003 traite de et/ou soulève des questions analogues à celles examinées au sein d'autres instances internationales telles que l'Organisation mondiale des douanes (OMD)³⁷; au cours des

³⁵ Voir, par exemple, le débat sur le blog de l'International Economic Law and Policy, note 27 *supra*.

³⁶ Seuba (2009), note 27 *supra*, p. 27.

³⁷ Pour des informations sur les travaux visant à promouvoir l'utilisation par les services douaniers des normes SECURE sur l'application uniforme à la frontière des droits de propriété intellectuelle, on peut consulter le site Web de l'OMD à l'adresse :

négociations relatives à un Accord commercial anticontrefaçon (ACTA)³⁸; dans les discussions au niveau national comme celles sur la loi kényane de 2008 destinée à mettre un terme à la contrefaçon ou enfin dans le cadre d'un litige. À tous les niveaux, le débat reflète la complexité inhérente à la recherche d'un juste équilibre entre les différents objectifs et intérêts pris en considération dans l'Accord sur les ADPIC et les difficultés auxquelles sont confrontés les organes législatifs nationaux et les juridictions nationales pour interpréter et mettre en œuvre cette disposition fondamentale dudit accord.

37. Au niveau de la jurisprudence, un certain nombre de décisions rendues par des juridictions dans la Communauté européenne ont conclu que les droits de propriété intellectuelle subsistant dans le pays de transit ne s'appliquent pas aux marchandises en transit. Dans l'affaire *Montex Holdings Ltd. c. Diesel SpA*³⁹, par exemple, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a jugé que les dispositions de la directive 89/104/CE sur les marques qui prévoient d'interdire l'importation ou l'exportation des marchandises sous une marque déterminée, doivent être :

” interprété(es) en ce sens que le titulaire d'une marque ne peut interdire le transit dans un État membre dans lequel cette marque est protégée, de produits revêtus de la marque et placés sous le régime du transit externe à destination d'un autre État membre dans lequel une telle protection n'existe pas, que lorsque [il peut prouver que] ces produits font l'objet d'un acte d'un tiers effectué pendant qu'ils sont placés sous le régime du transit externe et qui implique nécessairement leur mise dans le commerce dans ledit État membre de transit. ”

Cette affaire examine les incidences des mesures à la frontière destinées à faire respecter les droits de propriété, qui sont analogues à celles figurant dans le règlement (CE) n° 1383/2003⁴⁰. Dans l'affaire *Eli Lilly & Company & Anor c. 8PM Chemist Ltd*⁴¹, une

[Suite de la note de la page précédente]

http://www.wcoomd.org/files/1.%20Public%20files/PDFandDocuments/Enforcement/SECURE_E.pdf.

³⁸ Pour le contexte de l'ACTA, un récapitulatif des principales questions à l'examen et davantage d'informations, visitez la page Web à l'adresse :

<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2009/april/acta-summary-key-elements-und-der-discussion>.

³⁹ Case C-281/05. L'arrêt peut être consulté à l'adresse suivante :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0281:EN:HTML>.

Dans cette affaire, Montex vendait des jeans en Irlande où la marque “Diesel” n'était pas protégée. Une usine de confection irlandaise livrait les jeans en pièces détachées. Les colis de jeans portant le sceau de la douane étaient ensuite exportés vers la Pologne pour y être assemblés et réexpédiés en Irlande en tant que produits finaux. Un colis de jeans en transit ayant été saisi par les services de douanes allemands, la question qui se posait était de savoir si cette saisie était licite. D'autres décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes traitant également de la question de l'application des droits de propriété intellectuelle dans le pays de transit aux marchandises y transitant, ont généralement abouti au même résultat, notamment la décision rendue dans l'affaire *Class International contre Colgate Palmolive*, C-405/03 [2005] CER 1-8735.

⁴⁰ La loi applicable à l'époque était le règlement (CE) No. 3295/94 du Conseil, du 22 décembre 1994 qui fixe les mesures en vue d'interdire l'entrée dans l'Union européenne ainsi que l'exportation et la réexportation à partir de l'Union européenne de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle (Journal officiel de 1994, L 341).

chambre de trois juges de la Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles, citant les arrêts *Montex* et *Class International*, a jugé récemment que la question à trancher dans les affaires relatives aux marchandises en transit portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle est de savoir s'il existe ou non une interférence avec le droit de première commercialisation dans l'Union européenne. Les produits authentiques du titulaire de la marque qui ne sont jamais devenus des produits communautaires, n'interfèrent pas avec ce droit."⁴²

38. Bien que ces affaires règlent la question en faveur de la liberté de transit, elles en laissent certaines autres sans réponse lorsqu'on lit les arrêts dans leur intégralité. Dans l'affaire *Eli Lilly*, par exemple, les juges débattent des produits authentiques d'un titulaire de marque. Des questions restent également ouvertes lorsqu'on se penche sur ces affaires sous l'angle des approches différentes qui peuvent être adoptées lorsque l'on traite des brevets par opposition aux marques (ce dont traite précisément l'affaire *Montex*) ou aux droits d'auteur.

39. Les questions portant sur les mesures à la frontière qui sont examinées dans le cadre des négociations relatives à un Accord commercial anticontrefaçon (ACTA), sont également instructives. Les délégations qui participent aux négociations sur l'accord proposé visant à établir des normes internationales en matière d'application des droits de propriété intellectuelle afin de lutter plus efficacement contre le problème croissant de la contrefaçon et du piratage, examinent notamment les questions suivantes :

- la procédure destinée à permettre aux titulaires de droits de demander aux services des douanes de suspendre l'entrée des marchandises suspectées d'enfreindre les droits de propriété intellectuelle;
- l'habilitation des services des douanes à procéder à cette suspension *ex officio* (de leur propre initiative, sans l'autorisation du titulaire de droits);
- la procédure permettant aux autorités compétentes de déterminer si les marchandises dont l'entrée est suspendue portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle;
- la confiscation et la destruction des marchandises dont il a été établi qu'elles portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle, et les exceptions éventuelles;
- la faculté qu'ont les autorités compétentes d'exiger des titulaires de droits qu'ils fournissent une garantie satisfaisante ou donnent les assurances suffisantes pour protéger le défendeur et prévenir les abus; et
- l'habilitation des administrations à divulguer des renseignements essentiels sur les expéditions de marchandises qui portent atteinte aux droits des titulaires⁴³.

L'ensemble des questions portant sur les mesures à la frontière qui sont examinées dans le cadre du processus de négociations sur l'ACTA, sont déjà abordées dans l'Accord sur les ADPIC. Il ressort de l'examen de ces questions que les pays participants estiment nécessaire de renforcer les mesures actuelles afin de régler les problèmes relatifs au commerce de

[Suite de la note de la page précédente]

⁴¹ [2008] Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles; affaire au civil 24 (5 février 2008). On peut consulter l'arrêt à l'adresse suivante : <http://oami.europa.eu/pdf/natcourt/Lilly.pdf>.

⁴² Voir le paragraphe 44 de l'arrêt.

⁴³ Voir le résumé sur le site Web du représentant commercial des États-Unis d'Amérique, note 38 *supra*.

produits contrefaisants, au piratage du droit d'auteur et autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

40. Afin de donner du sens à la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, il pourrait être envisagé, en ce qui concerne les mesures à la frontière, d'examiner et d'élaborer les paramètres permettant de garantir l'accès aux produits licites tout en luttant contre le piratage commis à une échelle commerciale. Il suffirait d'évaluer les effets des différentes approches en ce qui concerne chacun des objectifs énoncés à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC pour avoir une vision plus complète permettant ainsi de concilier les points de vue divergents sur ces questions.

3.2 MESURES PROVISOIRES

41. L'article 50 de l'Accord sur les ADPIC exige des États membres qu'ils habilient les autorités judiciaires à ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces dans les affaires d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ce qui implique l'adoption de mesures provisoires sans que l'autre partie soit entendue, notamment lorsque le titulaire de droits pourrait subir un préjudice irréparable ou lorsqu'il existe un risque réel de destruction des éléments de preuve. Ces mesures provisoires visent à prévenir toute atteinte, notamment empêcher que les produits importés contrefaisants pénètrent dans les circuits commerciaux, et à conserver des preuves pertinentes.

42. Tout en exigeant que les autorités judiciaires soient habilitées à ordonner des mesures provisoires, l'article 50 impose également aux États Membres de l'OMPI d'introduire des clauses de sauvegarde dans leurs législations nationales, ce qui implique que les autorités judiciaires aient la faculté de :

- demander au requérant de fournir la preuve qu'il est le titulaire des droits de propriété intellectuelle en question et que ces droits sont violés ou que cette atteinte est imminente;
- ordonner au requérant de fournir une garantie satisfaisante ou de donner les assurances suffisantes pour protéger le défendeur et prévenir les abus;
- annuler les mesures provisoires à la demande du défendeur si une procédure conduisant à une décision au fond n'est pas engagée dans un délai raisonnable; et
- ordonner au requérant, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures provisoires qui sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant ou lorsqu'il est constaté qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte.

43. Nonobstant ces garanties, il a été avancé que l'on a fait un usage abusif des mesures provisoires afin de limiter la concurrence et que l'on n'a pas suffisamment veillé à concilier les intérêts des titulaires de droits et ceux des autres parties. Le principal enjeu, ici, est que nous sommes face à une situation où les erreurs peuvent coûter très cher aux titulaires de droits, aux défendeurs ou aux tiers, notamment les concurrents. À cet égard, Correa cite le cas du recours à la suspension automatique aux États-Unis d'Amérique comme un exemple

illustrant l'usage abusif des mesures provisoires dans les affaires d'atteintes aux brevets⁴⁴. Il insiste ensuite sur le fait que, pour prévenir l'abus des mesures provisoires, il convient d'examiner quatre questions fondamentales.

44. Tout d'abord, se pose la question de la présomption de validité des brevets dans les affaires d'atteintes aux brevets. Citant l'étude réalisée par la Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique⁴⁵ et la Loi de réforme des brevets de 2007⁴⁶, Correa indique que la question de la présomption de validité des brevets doit être abordée avec prudence. La seconde question qui exige, selon lui, un examen attentif et une pondération des intérêts est celle de la détermination du moment auquel ordonner des mesures provisoires sans que l'autre partie ne soit entendue. Dans ce cas précis, Correa avance que l'on doit en faire usage à titre de mesure exceptionnelle en raison du caractère controversé des questions en jeu. Il souligne en troisième lieu le problème que posent les différentes interprétations de l'expression "préjudice irréparable", qui pourraient déboucher sur des résultats très divergents dans le cas de faits analogues. Enfin, il fait valoir que les tribunaux devraient examiner les incidences que l'ordonnance de mesures provisoires a pour l'intérêt public.

45. D'autres auteurs de commentaires soulignent certaines questions qui méritent d'être étudiées⁴⁷, notamment celle d'un équilibre à trouver entre la rapidité et le coût d'obtention des mesures provisoires, les différences existant entre le recours aux mesures provisoires dans une affaire de brevet par opposition à une affaire de marque ou de droits d'auteur et la disponibilité d'autres mesures plus efficaces. On a par exemple fait valoir que dans certains cas, on peut obtenir une injonction provisoire dans l'heure au Royaume-Uni, ce qui fait courir le très grand risque pour les titulaires de droits d'être condamnés à verser des dommages-intérêts si leur action est rejetée. En Allemagne, bien que les tribunaux soient peu enclins à prononcer une ordonnance d'injonction provisoire dans une affaire de brevet en raison de la technicité des questions en jeu, ces injonctions sont courantes pour régler les affaires de marque et de droits d'auteur.

46. Dans les pays en développement, ces questions peuvent aller au-delà des difficultés juridiques ou techniques. Dans un article analysant le régime des injonctions en vigueur en Indonésie, Butt et Lindsey maintiennent que l'inclusion du droit d'obtenir une mesure injonctive (notamment une mesure provisoire) dans la législation indonésienne relative à la propriété intellectuelle pour se conformer aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, a eu

⁴⁴ Correa (2008), note 26 *supra*, p. 44. On ne mesure pas bien l'ampleur exacte du problème étant donné l'absence de statistiques détaillées permettant de suivre l'évolution de la situation en la matière.

⁴⁵ On peut consulter l'étude de la Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique, intitulée : *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, FTC, Washington D.C., 2003, à l'adresse suivante : <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>.

⁴⁶ On peut consulter le texte de loi à l'adresse suivante : <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-1145>.

⁴⁷ Voir, par exemple, le rapport établi par Rebecca Halford-Harrison, Wing Cheung et Nicolaus Ullrich intitulé : "Injunctive Relief : Halting IP infringement in the UK, Hong Kong and Germany" *18 Intell. Prop. Lit. 1*, Association des avocats américains, été 2007. Disponible chez l'éditeur Lexis Nexis.

peu ou pas d'effet⁴⁸. Ils citent l'opinion de nombreux juges selon laquelle le système de propriété intellectuelle qui repose sur les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, ne sert pas l'intérêt du pays ni ne répond à ses préoccupations, étant donné les incidences qu'a l'utilisation de cette mesure sur les deux facteurs en jeu que sont les prix et l'emploi par opposition à l'absence de procédures légales ou à la compréhension que les juges ont du droit.

3.3 SANCTIONS PENALES

47. L'application de procédures et de sanctions pénales aux cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle est également une question qui fait l'objet de controverses et de débats animés. Ceux-ci portent sur des questions économiques⁴⁹ et des préoccupations concernant l'utilisation de fonds publics pour protéger des droits privés, et ils tiennent aussi au caractère aléatoire de l'effet dissuasif des sanctions pénales, et aux questions concernant la rapidité des procédures et de l'indemnisation des titulaires de droits⁵⁰. C'est la raison pour laquelle l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, qui traite de la question des procédures pénales, fait l'objet d'une attention croissante au niveau aussi bien politique que juridique⁵¹.

48. L'article 61 de cet accord comprend une disposition brève mais dense. Il stipule en effet que :

“Les Membres prévoient 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 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.”

⁴⁸ Voir le rapport de Simon Butt et Timothy Lindsey intitulé “TRIPS, Intellectual Law Reform in Indonesia : Why Injunctions Aren't Stopping Piracy”, *Harvard Asia Pacific Review*, vol. 8, n° 2, pp. 14-18, 2005.

⁴⁹ Voir par exemple le débat dans Fink (2008), *supra* note 2. Celui-ci relève par exemple à la page 12, que même si l'on peut établir un rapport entre la contrefaçon/piratage et le crime organisé, les éléments probants restent maigres. Il est donc important d'établir des preuves plus systémiques des externalités positives que pourraient avoir des mesures plus énergiques d'application de la loi.

⁵⁰ Voir par exemple Correa (2008), *supra* note 26, p. 42.

⁵¹ La quatrième session de novembre 2007 du Comité consultatif sur l'application des droits, par exemple, a porté essentiellement sur l'étude du Juge Harms concernant les sanctions pénales. Voir Harms, Louis “The Enforcement of Intellectual Property Rights by Means of Criminal Sanctions : An Assessment”, document de l'OMPI WIPO/ACE/4/3, p. 15 disponible sur le site http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_4/wipo_ace_4_3.pdf. Voir également Blakeney, Michael “International Proposals for Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights : International Concern with Counterfeiting and Piracy”, *Intellectual Property Quarterly*, n° 1, 2009. Version électronique disponible sur SSRN sur le site http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476964.

Le débat sur l'application de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC tourne autour de trois domaines généraux.

49. Le premier porte sur l'application de sanctions pénales en cas d'atteinte au brevet. Bien que l'Accord sur les ADPIC n'exige pas la pénalisation de des atteintes au brevet et que la plupart des pays n'imposent pas de sanctions pénales en pareil cas, on estime dans certains milieux et dans un certain nombre de pays qu'il est devenu nécessaire de pénaliser les atteintes au brevet pour faire face au problème de plus en plus répandu de "contrefaçon". C'est là l'attitude adoptée par exemple par le Kenya en vertu de la Loi de 2008 sur la lutte contre la contrefaçon, qui criminalise les atteintes au brevet⁵². Il y a d'autres pays, comme le Brésil, le Japon et la Thaïlande, qui criminalisent également les atteintes au brevet dans certains cas⁵³. Des commentateurs comme Correa se sont donc déclarés préoccupés par la criminalisation croissante des atteintes aux brevets, en particulier dans les pays en développement, sans prendre dûment en compte d'importantes considérations de fond⁵⁴.

50. Nonobstant ces préoccupations, on est encore en droit de dire qu'il y a un grand nombre de pays qui ne recourent toujours pas à des sanctions pénales en cas d'atteintes au brevet. On peut identifier un certain nombre de raisons de fond invoquées pour ne pas criminaliser les atteintes au brevet. Dans son étude pour la quatrième session du Comité consultatif sur l'application des droits, le Juge Harms recense huit de ces raisons, à savoir que :

- Les juridictions pénales ne sont généralement pas qualifiées pour traiter des questions de brevet;
- Tout brevet peut recouvrir de nombreuses "inventions";
- L'invalidité du brevet est la défense classique invoquée en cas d'allégation de contrefaçon;
- Le produit du titulaire du brevet peut ne pas être fabriqué de façon conforme au brevet;
- Le produit du contrefacteur peut ne pas être une copie de celui du titulaire du brevet tel qu'il est commercialisé;
- Il est pratiquement impossible aux défenseurs de la loi et aux agents des douanes de déterminer si un produit donné est une contrefaçon;
- Les actions en justice relatives aux brevets sont coûteuses; et
- Un pourcentage considérable de brevets est abrogé dans le cadre des contentieux portant sur des brevets⁵⁵.
- Ce raisonnement est appuyé par un certain nombre d'autres commentateurs et organisations. Par exemple, dans sa déclaration à la Gowers Review du Royaume-Uni⁵⁶, la Chambre internationale de commerce (ICC), section

⁵² *Supra* note 28.

⁵³ Harms (2007), *supra* note 51.

⁵⁴ Voir le débat sur les sanctions pénales in Correa (2008), *supra* note 26. Voir également, d'une façon générale, les articles chez Li, Xuan et Carlos Correa (éds.) *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*, Edward Elgar & South Centre, Northampton, 2009.

⁵⁵ See Harms (2007), *supra* note 51. Pour des arguments supplémentaires contre la criminalisation de la contrefaçon des brevets, en particulier dans le cas des pays en développement, voir également Correa (2008), *supra* note 26, pp. 40-43.

⁵⁶ On peut trouver des informations à ce sujet sur le site Web de l'Office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni

<http://www.ipo.gov.uk/policy/policy-issues/policy-issues-gowers.htm>.

Royaume-Uni, a observé, en ce qui concerne la criminalisation des atteintes au brevet, que le droit britannique devrait continuer à exclure les sanctions pénales en pareil cas. Pour justifier cette position, le risque que ces mesures entravent la concurrence et les difficultés à déterminer la validité et la portée du brevet ont été invoqués⁵⁷.

51. Le second point à approfondir est le sens à donner à l'expression "à l'échelle commerciale" dans le cas de la contrefaçon de marque ou du piratage d'une œuvre protégée par les droits d'auteur. La question clé est de savoir si toute atteinte au droit de propriété intellectuelle visant à s'arroger un quelconque avantage commercial devrait être couverte. C'est là l'une des questions soulevées dans *Chine – Mesures affectant la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle* (ci-après, l'affaire USA - Chine)⁵⁸. Dans ce cas, les États-Unis d'Amérique ont soutenu que, sauf pour une activité insignifiante ou une activité présentant un caractère *de minimis* :

"[L]e concept d'"échelle commerciale" englobe à la fois ceux qui se livrent à des activités commerciales en vue d'obtenir une "rentabilité" sur le marché et ceux qui opèrent donc, par définition, à l'échelle commerciale, ainsi que ceux dont les actes, quels que soient leur motivation ou leur objet, sont d'une portée ou d'une ampleur suffisantes pour que l'on puisse parler "d'échelle commerciale" à leur sujet sur ledit marché."⁵⁹

La Chine a soutenu pour sa part que l'expression "à échelle commerciale" en vertu de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC "renvoyait à une activité de contrefaçon d'une ampleur considérable. Il s'agit là d'une norme générale, à la discrétion des différents pays et dépendant du contexte local."⁶⁰ Les tierces parties dans cette affaire ont également proposé des interprétations différentes, certaines partageant le point de vue des États-Unis d'Amérique et d'autres celui de la Chine.

52. À l'issue d'un examen approfondi, le Panel en est arrivé à la conclusion que :

[La] contrefaçon ou le piratage "à échelle commerciale" désignent la contrefaçon ou le piratage menés à l'échelle d'une activité commerciale typique ou courante concernant un produit donné sur un marché donné. L'ampleur ou la portée d'une activité commerciale type ou courante concernant un produit donné sur un marché donné constitue un indice permettant d'évaluer l'obligation énoncée à la première phrase de l'article 61. Ce qui constitue une échelle commerciale pour la contrefaçon ou le piratage d'un produit donné sur un marché donné dépendra donc de l'ampleur ou de la portée de ce qui est typique ou usuel en ce qui concerne ledit produit sur ledit marché, qui peut être petite ou grande. L'ampleur ou la portée d'une activité commerciale type ou usuelle est liée, à plus long terme, à sa rentabilité."⁶¹

⁵⁷ Voir la déclaration de l'ICC britannique sur le site

http://www.hm-treasury.gov.uk/d/international_chamber_of_commerce_462_91kb.pdf.

⁵⁸ Le rapport du Panel figure dans le document de l'OMC WT/DS362/R, du 29 janvier 2009 disponible sur le site http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/362r_e.pdf.

⁵⁹ Voir résumé de l'argument au parag. 7.480 du rapport du Panel, *Id.* Notes de bas de page omises.

⁶⁰ Voir par. 7.481 du rapport du Panel, *supra* note 58. Note de bas de page omise.

⁶¹ Voir par. 7.577 du rapport du Panel Report, *supra* note 58.

Malgré les précisions apportées par le Panel, l'application de l'article 61 peut nécessiter des directives plus élaborées du fait que le sens exact du terme "échelle" dépendra du marché en question.

53. Le troisième thème de débat concernant les procédures pénales porte sur l'obtention de sanctions dissuasives lorsque l'on prend en compte la disposition, prévue à l'article 61, selon laquelle les sanctions prévues pour atteinte au droit de propriété intellectuelle "devraient être en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante".

54. Tout d'abord, il est manifestement difficile de déterminer des délits d'une nature comparable à celle de la contrefaçon de marque et de piratage d'une œuvre protégée par droits d'auteur. Cette difficulté peut être surmontée car, dans beaucoup de pays, la contrefaçon et le piratage sont jugés comparables à des fraudes ou délits similaires. Il y a par ailleurs des cas dans lesquels on se demande d'une façon générale pourquoi il faudrait faire appel au droit pénal et aux maigres ressources disponibles pour faire appliquer la loi afin que soient respectés des droits de propriété intellectuelle qui sont des droits privés⁶². Enfin, toute la question de la proportionnalité se pose. Sur ce point, par exemple, les pays négociateurs de l'ACTA s'efforcent de parvenir à un consensus sur des questions telles que les circonstances dans lesquelles les autorités judiciaires peuvent ordonner la confiscation des actifs provenant de l'activité de contrefaçon ou obtenus, directement ou non, par le biais de ladite activité, et la saisie et/ou la destruction des matériels et outils utilisés pour fabriquer des articles contrefaisants.

55. Le problème consistant à déterminer la portée et l'application exactes des sanctions pénales dans les cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle risque de rester un domaine appelant une attention considérable de la part des décideurs. Les trois thèmes de débat identifiés plus haut soulèvent tous d'importantes questions quant à la politique à tenir et quant aux intérêts qu'il convient de concilier. Suivant le Juge Harms, "le droit de la propriété intellectuelle doit être constamment révisé et mis à jour, non seulement pour être conforme aux obligations liées aux traités, mais aussi pour répondre aux besoins des différents pays"⁶³. Dans le cadre de ce processus continu, un point de référence comme la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement pourrait fournir des lignes directrices utiles.

3.4 PRATIQUES ABUSIVES D'APPLICATION DE LA LOI : EXEMPLES ET INCIDENCES

56. L'article 41 stipule que les Membres de l'OMC ont d'une façon générale l'obligation d'appliquer les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle "de manière à [...] offrir des sauvegardes contre leur usage abusif". D'une façon générale, en dehors de cet article, la notion d'abus est utilisée d'une ou deux façons dans un certain nombre d'articles de l'Accord sur les ADPIC, notamment aux articles 8, 40, 48, 50, 53, 63 et 67. Tout d'abord, il est fait référence, aux articles 8, 40, 63 et 67, à l'abus des "droits de

⁶² Harms (2007), *supra* note 51, p. 6. Voir également Correa (2008), *supra* note 26, p. 43. L'autre argument est qu'il y a de nombreux cas dans lesquels le droit pénal est utilisé pour protéger des droits privés, ce qui rend normale son utilisation dans le cas des droits de propriété intellectuelle également.

⁶³ Harms (2007), *supra* note 51, p. 50.

propriété intellectuelle”. En second lieu, il est fait référence, aux articles 41, 48, 50 et 53, qui concernent tous l’application des droits, aux moyens d’empêcher l’abus des procédures d’application des droits.

57. D’une façon générale, la doctrine en matière de propriété intellectuelle ne nous renseigne guère sur la différence de sens des deux différents usages du concept d’abus dans l’Accord sur les ADPIC. Si l’on examine quelques exemples évoqués dans la doctrine, on peut seulement dire que l’abus des droits de propriété intellectuelle renvoie à un concept plus large, englobant des questions comme le recours aux droits de propriété intellectuelle pour entraver la concurrence, tandis que l’abus des procédures d’application des droits est plus étroitement centré sur des cas dans lesquels les parties manipulent ces procédures pour s’arroger injustement un avantage, ou pour des motifs illégitimes au cours d’une action en contrefaçon. Dans certains cas, la distinction peut cependant être artificielle et on peut soutenir que l’abus des procédures d’application des droits représente un abus des droits de propriété intellectuelle⁶⁴.

58. L’abus des procédures d’application des droits pourrait être le fait de diverses parties prenantes, notamment de titulaires de droits, de fonctionnaires, de tierces parties, tels que des défendeurs, et des agents des titulaires de droits ou de défendeurs, comme des conseils. Toutefois, dans le cadre des ADPIC, l’accent est mis essentiellement sur les titulaires de droits et les agents publics⁶⁵.

59. L’article 48 de l’Accord sur les ADPIC traite directement des mesures à prendre en ce qui concerne l’abus des procédures d’application de la loi. Ici, l’Accord stipule que :

“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 intellectuelles 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 inclure les honoraires d’avocat appropriés.

“2. Pour ce qui est de l’administration de toute loi touchant à la protection ou au respect de droits de propriété intellectuelle, les Membres dégageront aussi bien les autorités que les agents publics de leur responsabilité qui les expose à des mesures correctives appropriées seulement 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.”⁶⁶

60. Il importe tout d’abord de reconnaître que l’abus ne devrait pas être posé en hypothèse dans tous les cas où le titulaire des droits, qui demande que des mesures de protection de ses

⁶⁴ Voir par exemple l’examen de “L’abus des droits de propriété intellectuelle et les mesures de prévention” par Weijun, Zhang sur le site Web de l’Institut pour la propriété intellectuelle de Munich http://www.miplc.de/research/general_projects/completed_projects/zhang_abuse/.

⁶⁵ La définition des titulaires de droits ici correspond à celle figurant dans la note de bas de page 11 de l’Accord sur les ADPIC et inclut donc les fédérations et les associations habilitées à revendiquer un tel droit.

⁶⁶ C’est nous qui soulignons.

droits de propriété intellectuelle soient prises, est débouté et/ou contraint de payer un dédommagement. En conséquence, alors que les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle n'impliquent pas nécessairement une mauvaise foi patente, la conduite en question ne constitue pas forcément une rupture importante par rapport à une utilisation raisonnable des procédures légales⁶⁷. C'est ce qui distingue la conduite envisagée par l'article 48 de l'Accord sur les ADPIC des cas prévus par exemple aux articles 50 (7) et 56⁶⁸.

61. Il est difficile, à partir d'un examen de la jurisprudence rapportée et de la doctrine disponible, de parvenir à établir une liste des types de comportement qui constituent un abus des procédures d'application des droits. Cela tient à l'existence de différentes approches dans les différents pays et également au fait que, dans un grand nombre de pays en développement et de pays parmi les moins avancés (PMA), la jurisprudence est encore en gestation ou n'est pas communiquée. Sachant que, dans la plupart des pays, les affaires de droits de propriété intellectuelle font l'objet de procédures civiles et pénales de droit commun, il est également important d'observer que toutes sortes de comportements jugés abusifs suivant les procédures civiles et pénales s'appliqueraient également aux affaires de droits de propriété intellectuelle.

62. Aux fins de la présente étude, cependant, quelques exemples de conduite pouvant être généralement considérée comme un abus des procédures d'application des droits destinées à protéger les droits de propriété intellectuelle sont examinés à titre indicatif. Trois exemples, en particulier, sont examinés. Ils ont trait à l'abus de ces procédures dans le contexte du droit de la concurrence, dans des situations liées au concept de menaces injustifiées de poursuites et à une conduite assimilée à un abus de procédure ou à une poursuite abusive. Ces exemples permettent de faire mieux ressortir certains des problèmes qui nécessitent une attention en termes de coordination et d'assistance technique. Ils ont également été choisis parce qu'ils correspondent à certains des types de conduite qui apparaîtront dans le contexte d'affaires de marchandises en transit, de mesures provisoires et de sanctions pénales.

63. Si l'on examine ces exemples, il apparaît clairement que même s'il existe des cas d'abus, comme n'importe quel autre domaine du droit, il existe également des mesures détaillées et bien reconnues aussi bien en droit de la propriété intellectuelle que dans d'autres domaines connexes du droit tels que le droit de la concurrence, ainsi que dans le cadre des procédures civiles et pénales générales, qui s'attaquent aux abus de ce genre. Il s'agit peut-être en fin de compte de savoir non pas s'il y a abus ou s'il existe des mesures pour les empêcher, mais plutôt quelle est l'ampleur exacte du problème et si les sauvegardes existantes sont suffisantes pour assurer l'équilibre prévu à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁷ Voir Gervais, *supra* note 5, p. 460.

⁶⁸ L'article 50.7) traite des cas où le défendeur pourra être dédommagé si des mesures provisoires sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte aux droits de propriété intellectuelles, même si le requérant a agi de bonne foi et n'a pas enfreint les procédures. L'article 56 traite du dédommagement des importateurs, des destinataires ou des propriétaires de marchandises pour le dommage qui leur aura été causé du fait de la rétention injustifiée desdites marchandises en raison de mesures prises à la frontière. Là encore, dans ce cas, la mauvaise foi ou l'utilisation déraisonnable des procédures n'est pas nécessairement un facteur.

3.4.1 EXEMPLE 1 : ABUS DES PROCEDURES D'APPLICATION DE LA LOI RELATIVE AUX DROITS DE PROPRIETE DANS LE CONTEXTE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

64. Il existe une littérature et une jurisprudence abondantes sur la question de l'abus des procédures d'application de la loi dans le contexte du droit de la concurrence ou de la législation antitrust. Ce que l'on appelle aux États-Unis d'Amérique les "Walker Process claims" constitue l'un des concepts les plus discutés en ce qui concerne l'abus relatif à l'application des droits de brevet⁶⁹. Il s'agit, sur le fond, de cas dans lesquels un titulaire de brevet ayant obtenu sciemment un brevet par des moyens frauduleux envers l'Office des brevets s'efforce de faire jouer ledit brevet en menaçant de poursuites une tierce partie ou les clients de celle-ci, ou bien en engageant effectivement des poursuites contre eux⁷⁰. Dans le contexte de la concurrence, ce titulaire du brevet peut s'avérer en contravention avec la section 2 de la Loi Sherman qui interdit la monopolisation des échanges ou du commerce⁷¹.

65. Ce type de comportement est assimilé à un abus et il est mal vu car il repose sur la mauvaise foi et ne va pas dans le sens des objectifs du droit des brevets. Il faut cependant se souvenir qu'une simple conduite inéquitable devant l'Office des brevets ne constitue pas une fraude comme celle dénoncée dans l'affaire *Walker Process*. Sont donc exclus les cas d'erreurs par inadvertance et de bonne foi, auxquelles une intention frauduleuse ne peut être imputée et dans lesquels on constate que le titulaire du brevet ne s'est rendu coupable d'aucune négligence grossière. Un type voisin d'abus concerne ce que l'on appelle les "Handgards claims", qui ont également été développés dans la jurisprudence des États-Unis d'Amérique⁷². Il s'agit dans ce cas de l'invocation en connaissance de cause des droits liés à un brevet invalide bien qu'obtenu légalement et sans fraude envers l'office des brevets.

⁶⁹ Le nom de "Walker Process" a pour origine la décision de 1965 de la Cour suprême dans l'affaire *Walker Process Equipment, Inc c. Food Machinery and Chemical Corp*, 382 U.S. 172 (1965) qui a institué cette doctrine.

⁷⁰ Pour un examen détaillé de la doctrine, voir par exemple Mathews Jr. Robert "A Primer on US Antitrust Claims against Patentees under Walker Process", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Oxford University Press, August 2007. Accessible sur le site DOI 10.1093/jiplp/jpm142. Voir également la discussion dans Leslie, Christopher "The Role of Consumers in Walker Process Litigation", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 13, 2007 disponible sur SSRN sur le site http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070242; et dans Correa, Carlos "Intellectual Property and Competition Law – Exploring Some Issues of Relevance to Developing Countries", *Étude thématique n° 21*, CICDD, Genève, 2007, disponible sur le site http://www.iprsonline.org/resources/docs/corea_Oct07.pdf. En ce qui concerne la jurisprudence récente, voir par exemple *Hydril Co. PL c. Grant Prideco, Inc*, 474 F.3d 1337 (Fed. Cir. 2007).

⁷¹ La Section 2 stipule que :
"Toute personne monopolisant ou tentant de monopoliser, ou s'associant ou conspirant avec toute(s) autre(s) personne(s) dans le but de monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre plusieurs États, ou avec des pays étrangers, sera jugée coupable d'acte délictueux et sera condamnée au paiement d'une amende d'un montant maximum de 10 000 000 dollars dans le cas d'une société ou, pour toute autre personne, d'un montant de 350 000 dollars, ou à une peine d'emprisonnement d'une durée maximum de trois ans, ou à ces deux peines, à la discrétion du tribunal."

⁷² Le nom cité ici provient de l'affaire *Handgards, Inc c. Ethicon, Inc* 743, F.2d 1282 (9th. Cir. 1984).

66. Correa soutient que l'on observe dans les pays en développement de nombreux exemples de demandes d'ordonnance de référé et de menaces de poursuite en Amérique latine qui sont abusives et devraient être soumises aux obligations liées à la législation antitrust⁷³. Il cite par exemple des cas survenus au Chili, en Argentine et au Venezuela. Il est cependant difficile de se faire une idée exacte de l'ampleur du problème dans la région ou d'autres régions du monde en développement.

67. Au-delà des situations et exemples examinés plus haut concernant les États-Unis d'Amérique, et des cas cités par Correa en Amérique latine, la question de l'abus des procédures d'application des droits et de l'abus des droits de propriété intellectuelle pourrait généralement faire intervenir des stratégies très complexes si elle est examinée du point de vue de la concurrence. Le récent Rapport de la Commission européenne concernant l'enquête sur le secteur pharmaceutique fournit un exemple particulièrement instructif à cet égard⁷⁴. Ce rapport est important parce qu'il traite d'une série de questions allant du stade de la demande de brevet jusqu'à celui du recours aux tribunaux. Le tableau 1 ci-dessous résume les questions clés et les principales constatations pertinentes du rapport.

Tableau 1 :

Résumé des questions clés et des principales constatations du Rapport de la Commission européenne concernant l'enquête sur le secteur pharmaceutique

Portée du rapport et principales questions faisant l'objet de l'enquête

En janvier 2008, soucieuse d'assurer le bon fonctionnement du secteur pharmaceutique et constatant à certains signes que la concurrence dans ce secteur ne jouait peut-être pas de façon satisfaisante, la Commission européenne a entrepris une enquête sur ce secteur à l'échelon de l'ensemble de l'Union européenne. Il s'agissait d'examiner les raisons des retards observés dans l'arrivée des médicaments génériques sur le marché et le déclin apparent de l'innovation indiqué qui ressortait du nombre de nouveaux médicaments arrivant sur le marché. L'enquête a porté essentiellement sur les pratiques susceptibles d'être utilisées pour bloquer ou retarder la concurrence des médicaments génériques ou le développement de produits concurrents par leurs auteurs. Cela signifie que l'enquête a examiné les rapports de concurrence entre les entreprises originatrices et génériques ainsi qu'entre les entreprises originatrices. Du point de vue de la gamme de produits, on a mis l'accent sur les médicaments sur ordonnance à usage humain tandis que chronologiquement, l'enquête a porté sur la période allant de 2000 à 2007.

Principales constatations pertinentes

Comme on l'a vu, l'enquête a porté sur une série de questions allant des stratégies de dépôt

⁷³ Correa (2008) *supra* note 69, p. 18.

⁷⁴ Ce rapport est disponible sur le site

http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_fr.pdf. Des enquêtes sectorielles sont effectuées dans l'UE pour recueillir des informations dans le contexte de l'application des règles de la concurrence en vertu des articles 81 et 82 du Traité CE. Le texte du Traité CE figure sur le site <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:FR:PDF>.

de brevet aux stratégies d'action en justice. Certaines des principales constatations relatives à la question de l'abus de droits de propriété intellectuelle et /ou aux procédures d'application des procédures sont notamment les suivantes :

Stratégies de dépôt de brevet : Il y a eu des cas patents dans lesquels les entreprises originatrices avaient des stratégies visant à accroître le champ et la durée de leurs brevets. Une pratique courante consiste à déposer un grand nombre de brevets sur un médicament pour retarder ou bloquer l'arrivée de médicaments génériques sur le marché. Dans ce contexte, l'enquête a révélé que certains médicaments pouvaient être protégés par des familles de brevets pouvant atteindre le nombre de cent spécifiques à un produit, ce qui pouvait aboutir à un nombre de demandes de brevets effectives ou en instance pouvant atteindre le nombre de 1300 dans l'Union européenne.

Litiges : Certains éléments indiquent que dans certains cas, les entreprises originatrices ont vu dans une action en justice concernant les droits de propriété intellectuelle un mécanisme pour dissuader des concurrents de lancer des produits génériques sur le marché. À cet égard, on a constaté que les stratégies de recours à la justice constituaient un moyen efficace de créer des obstacles aux fabricants de produits génériques, et en particulier aux petits producteurs. Il est également apparu que bien que la plupart des actions en justice aient été engagées par les entreprises originatrices, lorsqu'un jugement final a été rendu, les fabricants de produits génériques avaient eu gain de cause 62% du temps. L'enquête a également révélé un fait intéressant, à savoir que dans 46% des cas où une ordonnance de mesures provisoires avait été prise à l'encontre de fabricants de produits génériques, le jugement ou règlement final leur avait été favorable. Enfin dans les cas de règlement, il est apparu que dans environ la moitié des cas, la capacité du fabricant de produits génériques à commercialiser ses produits avait été limitée.

Autorisation de mise sur le marché : Il y a des cas où des entreprises originatrices interviennent dans les procédures d'autorisation en de mise sur le marché en prétendant que l'autorisation de produits génériques risque de violer leurs brevets. Toutefois, dans les cas d'action en justice signalés, il n'a été fait droit aux demandes des entreprises originatrices que dans 2% des affaires concernant une autorisation de mise sur le marché. En termes d'impact, l'enquête a révélé qu'en moyenne, cette autorisation avait été accordée quatre mois plus tard dans les cas où il y avait eu une intervention.

68. Il est clair que l'enquête de la Communauté européenne n'a porté que sur un seul secteur qui avait ses particularités, et elle ne permet donc pas de dégager des conclusions générales sur l'abus des procédures d'application des droits de propriété intellectuelle ou des procédures. Il existe également d'importantes lacunes que l'enquête laisse de côté, par exemple, l'effet combiné des pratiques relatives aux brevets et aux marques dans le secteur. Au total, cependant, cette affaire justifie un examen plus approfondi de la nature, de l'ampleur et de l'impact de l'abus de procédures d'application des droits de propriété intellectuelle sur la concurrence, et de la façon dont ces affaires peuvent être traitées sans que les objectifs d'innovation sous-jacents ne s'en trouvent compromis.

3.4.2 EXEMPLE 2 : MENACES DE POURSUITES INJUSTIFIEES

69. Au Royaume-Uni, le concept de menaces de poursuites injustifiées s'applique aux brevets, aux marques et aux modèles déposés⁷⁵. Il vaut pour les menaces explicites et

⁷⁵ Bentley, Lionel and Brad Sherman Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford & New York, 2008, p. 1067. Pour un examen complémentaire de la question, voir également

implicites. Bien que ce cas d'abus puisse paraître similaire aux actions liées aux affaires *Walker Process* et *Handgards* aux États-Unis d'Amérique, il en diffère en ce sens qu'il implique des dispositions légales relatives aux droits de propriété intellectuelle et est applicable en dehors du domaine général du rapport entre le droit de la concurrence et le droit des brevets. De plus, il n'est pas restreint, comme les doctrines des États-Unis d'Amérique, par l'idée de violation des droits de propriété intellectuelle, ou de connaissance de l'invalidité de ces droits. Il s'agit d'une approche unique qui ne semble pas courante dans les autres systèmes juridiques d'Europe. Dans l'affaire *Prince c. Prince Sport Group Inc*, le tribunal a constaté que les dispositions de la loi britannique sur les marques de 1994 visaient à éviter que l'on menace à la légère ou témérement d'engager des poursuites pour contrefaçon⁷⁶.

70. Cette approche pose des problèmes particuliers lorsqu'elle est appliquée au commerce en ligne. Certains de ces problèmes apparaissent lorsque l'on examine une affaire comme *Quads 4 Kids c. Colin Campbell*⁷⁷, et il s'agit de savoir si des systèmes comme le système eBay en ligne de droits de propriété vérifiés (VeRO) encourage des abus de procédures d'application des droits de propriété intellectuelle⁷⁸. Dans cette affaire, M. Campbell, qui était titulaire de droits sur 16 modèles déposés de bicyclettes d'enfants, a rempli une déclaration VeRO relative aux bicyclettes qui étaient vendues sur eBay par Quads 4 Kids. Sur la base de cette déclaration, eBay a retiré ces modèles de bicyclettes, à la suite de quoi Quads 4 Kids a entamé une procédure en référé à l'encontre de M. Campbell pour l'empêcher de faire obstacle aux ventes sur eBay.

71. La question clé qui se posait au tribunal dans le cadre de la procédure de référé était de savoir si la déclaration VeRO de M. Campbell constituait une menace de poursuites contraire à la section 253 de la loi du Royaume-Uni de 1988 relative aux droits d'auteur, ou bien seulement une notification de droits. Cette question est importante car c'est une pratique généralement acceptée, en droit de la propriété intellectuelle, de notifier à des tierces parties les droits de propriété intellectuelle que l'on détient pour empêcher des atteintes auxdits droits. Le tribunal s'est prononcé en faveur de Quads 4 Kids, ce qui soulève la question de savoir où s'arrête une notification de bonne foi et où commencent des menaces injustifiées.

3.4.3 EXEMPLE 3 : DELITS CIVILS D' "ABUS DE PROCEDURE" ET DE "POURSUITES INJUSTIFIEES"

72. Le troisième exemple concernant la question d'un éventuel abus des procédures d'application des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures aux frontières, de mesures provisoires et de sanctions pénales, a trait à la conduite prescrite

[Suite de la note de la page précédente]

Bainbridge, David "Groundless Threats and the Internet", Computer Law and Security Report, vol. 23, Issue 3, 2007, pp. 282-284. Les dispositions législatives pertinentes sont la section 77 de la loi de 1977 sur les brevets, la section 21 de la Loi de 1994 sur les marques de fabrique et de commerce et la section 253 de la Loi de 1988 sur le droit d'auteur.

⁷⁶ [1998] FSR 21.

⁷⁷ [2006] EWHC 2482.

⁷⁸ Le système VeRO (décrit sur le site <http://pages.ebay.com/help/tp/programs-vero-ov.html>) est un système en ligne qui permet au titulaire de droits de propriété intellectuelle de signaler la vente sur eBay de produits soupçonnés de contrevenir aux droits de propriété intellectuelle.

par la common law en ce qui concerne les délits que constituent l'abus de procédure et les poursuites injustifiées⁷⁹.

73. En bref, l'abus de procédure s'applique à des situations dans lesquelles les voies de droit (civil ou pénal), à savoir les procédures d'application des droits de propriété intellectuelle, sont mal utilisées délibérément et dans une mauvaise intention à des fins inappropriées⁸⁰. La question de l'abus de procédure doit être envisagée dans le contexte des procédures en cours par opposition au cas de poursuites injustifiées (ci-dessous) dans lequel la question ne se pose qu'après que l'affaire initiale ait été réglée et que le tribunal s'est prononcé en faveur du défendeur.

74. Dans l'affaire *Hunter c. Chief Constable of the West Midlands Police*, Lord Diplock a expliqué l'importance de ce délit sur la base suivante⁸¹ :

“[Les] pouvoirs implicites que toute cour de justice doit posséder pour empêcher un abus de sa procédure d'une façon qui, bien que non incompatible avec l'application littérale de ses règles de procédure, serait néanmoins manifestement inéquitable pour une partie au contentieux dont ladite cour est saisie, ou nuirait d'une autre façon à la réputation de l'administration de la justice auprès des bons citoyens.”

Les circonstances dans lesquelles se produisent des abus de procédure sont donc très variables. L'élément clé de la déclaration de Lord Diplock est la question de l'inéquité manifeste de l'abus de procédure, et le fait qu'il nuit à la réputation de la justice.

75. Dans le contexte de l'application des droits de propriété intellectuelle, la question que les membres du Comité consultatif sur l'application des droits et d'autres parties prenantes souhaiteront peut-être se poser est la suivante : quels types de conduite dans les procédures liées à des infractions seraient manifestement inéquitables pour les défendeurs ou nuiraient à la réputation de la justice (en l'occurrence, les procédures d'application des droits)? En examinant cette question, il est important de prendre en compte l'observation de Lord Bingham dans *Johnson c. Gore Wood & Co.* selon laquelle “Les parties ne peuvent pas se voir refuser le droit de soumettre un véritable objet de litige au tribunal sans un examen scrupuleux de tous les éléments...”⁸² pour déterminer ce qui est inéquitable ou porte atteinte à la réputation [de la justice].

76. Les poursuites injustifiées, par opposition à l'abus de procédure, renvoient à des situations dans lesquelles une partie, sans motif raisonnable, engage ou fait engager avec

⁷⁹ On trouve sur Wikipédia une définition non technique fort utile de la législation sur les délits civils et notamment des explications à la fois sur le délit d'abus de procédure et sur les poursuites injustifiées. Cette définition est disponible sur le site <http://en.wikipedia.org/wiki/Tort>. Pour une définition et un débat technique, voir par exemple Fleming, John *The Law of Torts*, 9th Edition, Lbc Information Services, 1998.

⁸⁰ Il est important de noter que bien que ce délit soit courant, son occurrence et son ampleur varient d'un pays à l'autre et ce qui peut être considéré comme un abus de procédure au Royaume-Uni, par exemple, ne l'est pas nécessairement aux États-Unis d'Amérique ou dans d'autres pays du Commonwealth.

⁸¹ [1982] A.C. 529 p. 536.

⁸² [2002] 2 AC 1.

l'intention de nuire des poursuites contre autrui⁸³. Bien que dans certaines juridictions, cette terminologie ne soit utilisée que pour le fait d'engager des poursuites pénales infondées, le délit à l'origine et son application actuelle dans d'autres pays recouvrent les procédures aussi bien civiles que pénales. En outre, même si les agents publics comme les procureurs sont souvent à l'abri d'actions pour cause de poursuites injustifiées, ce n'est pas toujours le cas. Du fait du recours accru aux sanctions pénales, en particulier, ainsi qu'aux mesures aux frontières, il faut s'attendre à un nombre croissant d'actions pour poursuites injustifiées en rapport direct avec des affaires de propriété intellectuelle. De fait, ces dernières années, des organisations comme la Recording Industry of America (RIAA) ont dû faire face à des actions pour poursuites injustifiées⁸⁴.

77. Dans le contexte tant des abus de procédure que des poursuites injustifiées, outre la culpabilité des titulaires de droits, il se pose une question importante concernant le rôle de l'avocat dans la prévention ou la perpétration de mesures abusives d'application des droits de propriété intellectuelle. Reconnaisant le rôle unique des avocats à la fois comme représentants et défenseurs des requérants dans les affaires concernant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et des membres du ministère public, tant les organismes professionnels, comme l'American Bar Association (ABA), que les règles de procédure nationales, comme les United States Federal Rules of Civil Procedure, prévoient des dispositions interdisant certaines conduites susceptibles de constituer un abus de procédure⁸⁵.

78. À titre indicatif, les règles modèles de conduite professionnelle de l'ABA stipulent, à la règle 3.1, que :

“Un avocat n'engagera ni ne défendra une procédure, ni ne fera valoir ou ne mettra en doute une question en relevant, sans un fondement juridique ou factuel qui ne soit pas futile, notamment un argument de bonne foi en faveur d'une extension, d'une modification ou d'un revirement de la loi en vigueur. Un avocat pour la défense dans une procédure pénale, ou le défendeur dans une procédure pouvant aboutir à une peine de prison, peuvent néanmoins faire valoir leurs moyens de sorte que chaque élément de l'affaire soit établi.”

La règle 3.8, qui porte sur les responsabilités des procureurs, stipule que “Dans une procédure pénale, le procureur : a) s'abstiendra d'intenter une action s'il a la conviction qu'il n'existe pas de motif probable pour ce faire.”

79. Suivant des principes similaires, la règle 11 des Règles fédérales stipule qu'en soumettant au tribunal des chefs de demande, une motion ou autre document, un avocat ou une partie non représentée, certifie qu'au mieux de leurs connaissances, des informations et de leur conviction, à laquelle ils parviennent à la suite d'un examen raisonnable des

⁸³ Comme dans le cas d'abus de procédure, l'application et la portée exactes de ce délit diffèrent d'une juridiction à l'autre. En d'autres termes, il n'y a pas uniformité en ce qui concerne les types de comportement susceptibles d'être assimilés à des poursuites injustifiées.

⁸⁴ Voir par exemple le débat dans la blogosphère (dans des blogs comme “The Recording Industry versus the People” - <http://recordingindustryvspeople.blogspot.com/>) au sujet de l'affaire Tanya Andersen.

⁸⁵ Pour un débat détaillé à ce sujet, voir par exemple Cooper, Alan “Limitations on Trademark Advocacy : Ethics, Procedure and Substantive Law”, *vol. 85 TMR*, 1995, pp. 161-190.

circonstances particulières, les chefs de demande, la motion ou autre document ne sont pas présentés, notamment, “pour de mauvaises raisons, telles que pour soumettre à des tracasseries, causer des retards sans raison, ou alourdir indûment le coût de l’action en justice.” Des sanctions précises sont prévues en cas d’infraction à cette règle. Il existe des règles similaires dans les codes de conduite professionnelle et les règles de procédures de nombreux États membres de l’OMPI.

4 LE ROLE DES DETENTEURS DE DROITS ET LES INCIDENCES, POUR EUX, DE L’APPLICATION DE LA RECOMMANDATION N° 45 DU PLAN D’ACTION DE L’OMPI POUR LE DEVELOPPEMENT

80. Les droits de propriété intellectuelle ne présentent d’intérêt pour leurs titulaires que s’ils sont bien appliqués⁸⁶. Le cadre d’application établi en vertu de l’Accord sur les ADPIC vise donc, comme indiqué à l’article 41 dudit accord, à permettre des mesures effectives à l’encontre de toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle, y compris des mesures correctives rapides pour empêcher qu’une atteinte soit commise une première fois, et pour empêcher une (ou des) récidive(s). Dans ce contexte, les titulaires de droits sont les premiers bénéficiaires des efforts visant à promouvoir ou faire appliquer les droits de propriété intellectuelle⁸⁷.

81. En 2007, l’Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a estimé à 200 milliards de dollars la valeur du commerce international de produits contrefaisants de marques et de produits piratant des œuvres protégées par le droit d’auteur⁸⁸. Bien que l’authenticité de ce chiffre et d’autres chiffres similaires ait été mise en question, il ne fait pas de doute que la perception large est que les atteintes au droit de propriété intellectuelle causent un énorme préjudice aux titulaires de droits⁸⁹.

⁸⁶ Commission sur les droits de propriété intellectuelle, *Supra* note 17, p. 163.

⁸⁷ Lorsque l’on parle des titulaires de droits, il est important de se souvenir qu’il n’existe probablement aucune personne ou entité juridique pouvant être considérée comme le titulaire exclusif de droits sans exiger l’accès aux droits de tiers ou sans interagir avec ceux d’autres personnes ou entités. Il existe de nombreux exemples, concernant en particulier les droits conférés par un brevet, de cas dans lesquels la même personne est titulaire d’un droit pour certains litiges et défendeur pour d’autres, et ce dans une même affaire. D’une façon générale, cependant, les titulaires de droits sont associés à des entreprises et à des sociétés, notamment, comme indiqué à la note de bas de page 11 de l’Accord sur les ADPIC, à des fédérations et des associations habilitées à revendiquer un tel droit. Cela tient en partie à ce que, même si de nombreux droits sont généralement assignables à l’origine à des particuliers, dans la majorité des cas, l’utilisation courante des droits de propriété intellectuelle sur le marché est le fait de personnes morales susceptibles de détenir ces droits en vertu d’une licence ou d’une cession. C’est pourquoi, sans nier l’importance des particuliers titulaires de droits, la présente étude met surtout l’accent sur les entreprises, les sociétés, les fédérations et les associations. Dans ce contexte, il est également important de noter que le terme de titulaire est ici distinct de ceux de créateurs, innovateurs et inventeurs.

⁸⁸ Voir OCDE (2007), *supra* note 2.

⁸⁹ Pour un examen de certains des problèmes liés à ces chiffres et à cette méthodologie, voir par exemple Fink (2008), *supra* note 2.

82. La recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement revêt donc une signification particulière pour les titulaires de droits. Du fait qu'elle vise à assurer que les activités d'application des droits de propriété intellectuelle donnent des résultats équilibrés pour toute une série de parties prenantes, dont les titulaires de droits de propriété intellectuelle, la recommandation devrait être bien accueillie par tous les groupes. En fait, comme on l'a déjà vu, l'accent mis dans la recommandation sur l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, codifié pour l'essentiel une position largement acceptée, y compris par les titulaires de droits. Dans une déclaration de politique générale diffusée par la CCI avec un commentaire sur les recommandations relatives au Plan d'action pour le développement, tout en insistant sur l'importance de la prévention des atteintes aux droits de propriété intellectuelle et de la lutte contre celles-ci, le groupe ne trouve rien à redire à la recommandation⁹⁰. Le problème que pose aux titulaires de droits cette recommandation semble donc tenir à une question de nuances.

83. Les titulaires de droits, comme les autres parties prenantes de l'OMPI, ont un rôle important à jouer dans la mise en œuvre du Plan d'action pour le développement et notamment de la recommandation n° 45. La question est de savoir quel type de rôle ils doivent jouer.

84. Les questions précises soulevées par les États membres au cours de la négociation du Plan d'action pour le développement fournissent d'importantes lignes directrices pour examiner le rôle des titulaires de droits. Pour le groupe des Amis du développement, les questions clés étaient :

Ne pas aborder la question de l'application de la loi exclusivement du point de vue des titulaires de droits;

Envisager les meilleurs moyens d'assurer l'application de toutes les dispositions liées aux ADPIC, notamment celles qui imputeraient également des obligations aux titulaires de droits; et veiller à ce que les procédures d'application de la loi soient justes et équitables et ne se prêtent pas, de la part des titulaires de droits, à des pratiques abusives qui risqueraient d'entraver indûment la concurrence légitime.

Comme on l'a vu, le groupe des pays africains a soulevé la question d'une application rigide et sans discrimination des droits tandis que les États-Unis d'Amérique ont soulevé celle de la compréhension des coûts de la contrefaçon et du piratage et notamment de leur impact sur les transferts de technologie, les investissements directs à l'étranger (IDE) et la croissance économique.

85. Les titulaires de droits, en particulier par l'intermédiaire d'associations industrielles ou d'autres organisations représentatives, jouent un rôle de plus en plus visible et investissent des ressources considérables dans des activités d'application des droits de propriété intellectuelle. Les initiatives vont de la Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP) de la

⁹⁰ Voir déclaration de politique générale de la CCI concernant le Plan d'action de l'OMPI pour le développement sur le site http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/intellectual_property/Statements/Recommendations_WIPO_Devel_Agenda_implementation.pdf.

CCI⁹¹ au portail mondial antipiratage de la Business Software Alliance (BSA)⁹² et aux travaux de l'Association internationale pour les marques (INTA)⁹³, en passant par l'action menée par des groupes nationaux comme le RIAA⁹⁴. Des organisations s'occupant de questions de sécurité jouent également de plus en plus un rôle majeur. Dans cette catégorie, l'International Security Management Association (ISMA) occupe une place particulièrement notable⁹⁵.

86. Par le biais des initiatives de ces types d'organisations, les titulaires de droits jouent divers rôles en ce qui concerne le respect des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit essentiellement des cinq rôles suivants :

- sensibilisation et campagnes;
- éducation et sensibilisation du public;
- formation et renforcement des capacités;
- recherche, recueil et diffusion d'informations; et
- mobilisation de ressources.

87. Dans le contexte de la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement et compte tenu des diverses questions soulevées par les États membres dans leurs propositions concernant l'établissement d'un Plan d'action de l'OMPI pour le développement (voir paragraphe 83 plus haut), il s'agit désormais de savoir comment les titulaires de droits peuvent mener leurs activités dans ces cinq vastes domaines d'une manière qui :

- reconnaisse et prenne en compte d'autres perspectives quant au respect des droits de propriété intellectuelle;
- reconnaisse et assure qu'ils s'acquittent de leurs obligations comme l'envisage l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC et énoncées dans les diverses dispositions de la partie III dudit accord;
- aide à résoudre le problème des pratiques abusives d'application des droits;
- soit flexible et nuancé et prenne en compte les différences existant entre les pays et les cultures; et
- assure la production et la fourniture de données et d'informations crédibles sur la contrefaçon et le piratage.

En d'autres termes, il s'agit de savoir comment, dans leurs campagnes de promotion, de sensibilisation et d'éducation et dans leurs activités de formation, de renforcement des capacités, de recherche, de recueil et de diffusion d'informations et de mobilisation de ressources, les titulaires de droits prennent en compte la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement.

⁹¹ Informations sur l'initiative disponibles sur le site <http://www.iccwbo.org/bascap/id883/index.html>.

⁹² Informations disponibles sur le site <http://www.bsa.org/Piracy%20Portal.aspx>.

⁹³ Informations disponibles sur le site <http://www.inta.org/index.php>.

⁹⁴ Voir le site <http://www.riaa.com/>.

⁹⁵ On peut trouver des informations concernant cette association sur le site Web de l'ISMA <http://isma.com/>.

88. Il ne fait pas de doute que ce sont les titulaires de droits eux-mêmes qui sont les mieux à même de répondre à cette question. Néanmoins, aux fins de la discussion, je lance ici quelques idées.

4.1 SENSIBILISATION CONSTRUCTIVE

89. Comme d'autres parties prenantes telles que les consommateurs, les titulaires de droits sont habilités à promouvoir et à défendre leur position concernant l'application des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, sachant que l'application de ces droits est une question de politique publique intéressant de nombreuses parties prenantes, si l'on veut résoudre effectivement le problème de la contrefaçon et du piratage ainsi que celui des atteintes aux droits de propriété intellectuelle en général, il faudra parvenir à un large consensus dans les pays mêmes et entre eux. Dans le contexte de la sensibilisation, cela signifie au moins deux choses.

90. Tout d'abord, les titulaires de droits doivent discuter de façon tangible et constructive avec d'autres parties prenantes qui peuvent avoir des vues ou des idées différentes sur les solutions à apporter. Il serait particulièrement important de discuter avec les groupes de consommateurs. Un examen du plan de travail du BASCAP révèle par exemple que les contacts avec des groupes au niveau international, régional ou national sont limités⁹⁶. L'approche adoptée semble consister à traiter ces groupes comme des objets de campagne d'éducation et de sensibilisation, et non comme des parties prenantes indépendantes aux opinions qui sont différentes de celles des titulaires de droits et y sont parfois opposées. Ces groupes doivent donc jouer un rôle approprié dans la recherche d'un consensus.

91. Par ailleurs, le langage et la terminologie utilisés sont importants. En plus de sa complexité, la question de l'application des droits de propriété intellectuelle est également chargée de connotations affectives et culturellement sensibles. Cela signifie que le langage utilisé pour caractériser les problèmes et les solutions est important et que les généralisations risquent d'aller à l'encontre du but recherché. Un domaine précis dans lequel l'approche des titulaires de droits est de plus en plus mise en question est celui de l'utilisation de la terminologie "contrefaçon et piratage" pour désigner apparemment toutes les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, par opposition à l'usage limité de cette terminologie juridique dans l'Accord sur les ADPIC⁹⁷. La question est particulièrement sensible dans le cas des médicaments génériques, comme on l'a vu lors des débats qui ont eu lieu à l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à propos du Groupe spécial international anticontrefaçon de produit médicaux (IMPACT)⁹⁸ et des débats sur la loi du Kenya de 2008 relative à la lutte contre la contrefaçon.

4.2 ATTENTION ACCRUE A APPORTER AUX SAUVEGARDES ET AUX MESURES DE PREVENTION DES ABUS

92. Il ne fait pas de doute que l'un des problèmes clés qui préoccupe les pays en développement tels que le groupe des Amis du développement et le groupe des pays africains (dont les déclarations sont citées dans la présente étude) porte sur l'équité et le sens de la

⁹⁶ Voir le plan de travail sur le site <http://www.iccwbo.org/bascap/id4572/index.html>.

⁹⁷ Voir par exemple le débat dans divers articles dans Li et Correa (2009), *supra* note 54.

⁹⁸ On peut en savoir plus sur IMPACT sur le site Web de l'OMS <http://www.who.int/impact/en/>.

justice, ainsi que sur les mesures propres à empêcher l'abus des procédures d'application des droits. Comme cela est reconnu dans cette étude et ressort clairement d'un examen des dispositions de l'Accord sur les ADPIC et des législations nationales, les sauvegardes font partie intégrante du cadre d'application de la réglementation relative à la propriété intellectuelle. Dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, ces sauvegardes constituent une expression de l'équilibre envisagé à l'article 7 de l'Accord. En conséquence, l'objectif de la recommandation n° 45 consistant à maintenir des sauvegardes appropriées répond aux intérêts de toutes les parties prenantes, y compris des titulaires de droits.

93. Les titulaires de droits peuvent jouer un rôle important pour faire mieux comprendre ces sauvegardes et les rendre plus efficaces en faisant en sorte qu'une attention accrue leur soit accordée dans les cours de formation, les projets de renforcement des capacités ainsi que les activités de sensibilisation en général, notamment lorsque ces cours et ces projets de renforcement des capacités sont menés conjointement avec des organisations internationales. Sans une large compréhension du public que toutes les mesures d'application des droits de propriété intellectuelle proposées par les titulaires de droits seront prises dans un cadre de sauvegardes et qu'il existe des mesures efficaces pour empêcher les abus, il peut être difficile d'obtenir son soutien. Par exemple, l'un des problèmes que pose la contestation sur le plan constitutionnel de la loi du Kenya de 2008 relative à la lutte contre la contrefaçon tient au fait que certains ont le sentiment que des pouvoirs excessifs et incontrôlés sont accordés à un organisme de lutte contre la contrefaçon.

94. Les lignes directrices élaborées dans le cadre d'initiatives du type BASCAP pourraient donc porter également sur les sauvegardes et le recours légitime aux procédures d'application des droits. Après tout, beaucoup de titulaires de droits se trouvent eux-mêmes souvent en situation d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, non parce que ce sont des délinquants, mais parce que des atteintes peuvent survenir dans l'exercice normal des affaires. Ces sauvegardes garantissent donc que des entreprises respectueuses de la loi puissent corriger des erreurs ou des infractions et continuer à apporter leur contribution à l'économie.

4.3 CREDIBILITE DES DONNEES ET RECHERCHE SUR LA CONTREFAÇON ET LE PIRATAGE

95. De bien des façons, le succès des efforts consentis à l'échelon global pour lutter contre la contrefaçon et le piratage et d'autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle dépendra de la crédibilité des données et des éléments utilisés par les décideurs pour élaborer les lois et les procédures suivies pour les appliquer. Des études comme celle de l'OCDE permettent d'y voir plus clair sur l'ampleur du problème et des efforts sont actuellement déployés pour mettre au point des modèles pour mesurer les niveaux de contrefaçon et de piratage, notamment leur impact économique, mais il reste beaucoup à faire pour établir des modèles ou ensembles de données acceptés de tous et/ou crédibles.

96. En ce qui concerne le chiffre de l'OCDE de 2007 sur la valeur du commerce des produits contrefaits et piratés, par exemple, Fink a fait remarquer que "si l'on examine de près la méthodologie utilisée pour en arriver à ce chiffre, il apparaît que celui-ci constitue davantage une hypothèse qu'une véritable estimation."⁹⁹ Par conséquent, si les études comme celle de l'OCDE donnent des aperçus intéressants, il y a lieu de craindre que ces chiffres

⁹⁹ Fink (2008), *supra* note 2, p. 13.

soient présentés comme des réalités, en particulier dans la presse à grand tirage et auprès des décideurs.

97. Dans ces circonstances, le rôle des titulaires de droits, compte tenu de la recommandation n° 45, pourra consister à :

- fournir des données et des informations de meilleure qualité aux institutions publiques;
- fournir des mises en garde meilleures et plus complètes au sujet des chiffres communiqués à des fins de sensibilisation;
- utiliser les chiffres d’organisations internationales publiques comme l’OCDE ou l’OMPI, dans le contexte approprié et en veillant bien à éviter toute affirmation inexacte;
- soutenir les efforts légitimes déployés par les institutions publiques pour mettre au point des méthodologies crédibles pour étudier le problème et produire de meilleures données à l’intention des décideurs.

Si le sentiment que les chiffres fournis par les titulaires de droits et les institutions publiques sont “trafiqués” est largement répandu, cela comporte de graves risques systémiques pour les efforts visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

5. CONCLUSION

98. La recommandation n° 45 du Plan d’action de l’OMPI pour le développement a pour but d’assurer un équilibre de droits et d’obligations pour tous ceux que concernent les efforts d’application des droits de propriété intellectuelle. L’intérêt qu’elle présente tient donc essentiellement au fait qu’elle s’efforce de donner de lignes directrices en ce qui concerne la formulation et l’application des mesures et des initiatives visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle afin de déterminer si les résultats seront ou sont équilibrés du point de vue des intérêts défendus et des parties prenantes qui en bénéficient.

99. En conséquence, on ne peut donc voir dans la recommandation n° 45 un cadre interprétatif pratique qu’en examinant des cas précis dans lesquels il est difficile de concilier comme il convient les différents intérêts et préoccupations. Parmi les cas difficiles examinés à titre indicatif dans l’étude figurent l’application aux marchandises de mesures à la frontière, la prise de mesures provisoires et l’approche des sanctions pénales et des pratiques abusives d’application des droits. Il existe certainement d’autres cas qui pourraient utilement faire l’objet d’une analyse détaillée dans le cadre de l’article 7 de l’Accord sur les ADPIC.

100. En somme, l’accent mis sur la notion d’équilibre laisse à penser que l’application effective de la recommandation serait conforme à l’intérêt des titulaires de droits ainsi que des autres parties prenantes à l’OMPI. Sachant que les titulaires de droits sont les principaux bénéficiaires des efforts et initiatives concernant l’application des droits, il s’ensuit que la recommandation n° 45 comporte un enjeu particulier pour eux. Au-delà de ces considérations, leur rôle dans la mise en œuvre de la recommandation pourrait être examiné du point de vue d’une sensibilisation constructive, de l’attention accordée aux sauvegardes et de la lutte contre les pratiques abusives d’application des droits dans le cadre des projets de formation et de renforcement des capacités qu’ils entreprennent, et par rapport à leurs efforts

pour faire en sorte que la politique à suivre soit fondée sur des données et des recherches crédibles.

[Fin du document]