

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

RESTRICTED

IP/C/W/249
29 mars 2001

(01-1569)

**Conseil des aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce**

Original: anglais

EXAMEN COMPLÉMENTAIRE DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DE CONCESSIONS OU D'AVANTAGES EN SITUATION DE NON-VIOLATION DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE

Communication du Canada

La Mission permanente du Canada a fait parvenir au Secrétariat la communication ci-après, datée du 26 mars 2001, en demandant qu'elle soit distribuée aux Membres.

I. INTRODUCTION

Afin de faire mieux saisir l'importance des plaintes relatives à l'annulation ou la réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation ("plaintes en situation de non-violation") pour les membres du Conseil des ADPIC, et souligner que le sujet a pris la place qui lui revient dans le programme de travail du Conseil et doit encore être débattu, plusieurs Membres ont présenté des documents sur le sujet de la "non-violation" depuis la Conférence ministérielle de l'OMC tenue en 1999 à Seattle. Le Canada s'est joint à l'UE, la République tchèque, la Hongrie et la Turquie pour présenter, en juin 2000, une communication (voir le document IP/C/W/191, à l'annexe II du présent document) en vue de faire avancer les travaux au Conseil des ADPIC sur ce sujet important. L'Australie a également contribué de façon importante aux débats en cours (voir le document IP/C/W/212) lors de la réunion de septembre 2000. Ces efforts ont eu pour résultat de mettre en relief la nécessité de poursuivre l'examen de la portée et des modalités pour les plaintes en situation de "non-violation" au titre de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC. À la suite de la Conférence de Seattle, les États-Unis ont également présenté un document (voir le document IP/C/W/194) dans lequel ils se sont dits prêts à entendre les points de vue des autres Membres même s'ils ne voyaient pas nécessairement le besoin de poursuivre les débats.

À notre avis, le Conseil des ADPIC devrait poursuivre ses travaux sur le sujet jusqu'à ce que les Membres aient eu l'occasion d'analyser les questions graves et légitimes soulevées dans les communications présentées à ce jour. Le Conseil devrait également faire des recommandations à la Conférence ministérielle au sujet de la portée et des modalités (article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC). Avec le présent document de travail, le Canada entend contribuer au dialogue axé de plus en plus sur le fond concernant les questions soulevées relativement à la "non-violation". Le présent document complète la communication de février 1999 dans laquelle le Canada préconisait l'examen des questions de "non-violation" avant la Conférence ministérielle de Seattle (voir le document IP/C/W/127, à l'annexe I du présent document).

II. RECONNAISSANCE DU CARACTÈRE EXCEPTIONNEL DES PLAINTES "EN SITUATION DE NON-VIOLATION" ET DE LA NATURE SPÉCIFIQUE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

Selon le Canada, la présentation potentielle de plaintes "en situation de non-violation" dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC se distingue de leur présentation dans le contexte du commerce des marchandises. Les négociations sur les ADPIC avaient pour but de créer un accord établissant des normes minimales par le biais d'un système international reconnu de protection de la propriété intellectuelle, afin de remédier à l'inégalité des niveaux de protection qui ne favorisait pas les échanges. L'Accord sur les ADPIC ne porte pas principalement sur les questions d'accès aux marchés et ne contient pas l'engagement d'arriver à un certain niveau dans ce domaine. À part les déclarations souvent faites par les Membres au sujet de la nature spécifique de l'Accord sur les ADPIC, il est utile de répéter que les résultats des négociations de l'OMC sur l'accès aux marchés sont consignés dans des listes de concessions nationales annexées au Protocole du Cycle d'Uruguay, lequel fait partie intégrante de l'Acte final. Il n'y a pas le même type d'échange d'engagements dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC que celui du GATT. L'Accord sur les ADPIC énonce des règles de base qui visent à assurer que tous les Membres de l'OMC respectent des normes universelles minimales pour la protection de la propriété intellectuelle, et que ces normes demeurent compatibles avec le traitement national et le traitement NPF. Bien que certains droits puissent être transférés au moyen de licences contractuelles, il n'y a pas un commerce proprement dit des droits de propriété intellectuelle comme il y a un commerce des marchandises. Les droits de propriété intellectuelle sont inclus dans les marchandises et services pouvant faire l'objet d'échanges.

Bien qu'il soit vrai qu'une protection insuffisante de la propriété intellectuelle peut parfois décourager les échanges et les investissements, les questions auxquelles sont confrontés les négociateurs ne sont pas les mêmes que celles auxquelles font face ceux qui s'attaquent aux obstacles non tarifaires ou autres entraves au commerce. Les droits de propriété intellectuelle représentent un équilibre entre la nécessité de donner des encouragements pour récompenser et stimuler l'innovation et le besoin de veiller à ce que la société ait le plus large accès qui soit aux nouvelles créations. La protection excessive de la propriété intellectuelle peut entraver l'innovation et les échanges de la même façon qu'une protection trop faible. Par exemple, bien que l'on puisse s'attendre à ce que certains Membres augmentent unilatéralement la durée de la protection de leurs droits, conformément à l'esprit de l'Accord sur les ADPIC et au principe de la protection de la propriété intellectuelle, il est possible qu'une très grande augmentation de la durée de la protection dans le Membre A annule ou réduise effectivement des avantages auxquels s'attendait le Membre B au moment des négociations et par la suite. Par exemple, les nationaux du Membre B pourraient avoir investi dans la production d'œuvres distinctes, comme des films ou des pièces de théâtre, en utilisant une œuvre qui devait tomber dans le domaine public ou en se fondant sur celle-ci. Si le Membre A retire l'œuvre du domaine public pendant une période supplémentaire de 40 ou 50 ans, la nouvelle œuvre ou l'œuvre future risque d'être affectée d'une manière indéterminée dans le Membre A, pays où la durée de la protection a été augmentée.

Le fait que l'Accord sur les ADPIC représente un équilibre soigneusement négocié est également mentionné dans le document de travail de l'Australie. L'Australie souligne un point important quant à l'interprétation de la disposition relative à la "non-violation", en ce qui a trait aux objectifs et principes spécifiques de l'Accord sur les ADPIC énoncés aux articles 7 et 8 ainsi que dans le préambule. On reconnaît que l'un des buts de l'Accord sur les ADPIC est de veiller à ce que l'application des droits de propriété intellectuelle ne crée pas d'obstacles au commerce légitime. Or, la possibilité d'affaiblir ou de rendre obsolètes les constatations, les principes et les objectifs énoncés dans l'Accord sur les ADPIC, par l'utilisation de la disposition relative à la "non-violation" à des fins autres que celles qui auraient été logiquement visées par les Membres, demeure une préoccupation importante. Au moment d'établir la portée et les modalités, les Membres doivent s'assurer que la disposition relative à la "non-violation" est appliquée de la manière prévue par ces derniers et en

conformité avec l'ensemble de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, si une mesure est prise conformément aux articles 7 et 8, il ne serait pas déraisonnable de s'attendre à ce que les droits d'une partie donnée soient touchés d'une façon ou d'une autre. Les Membres devraient décider si les plaintes "en situation de non-violation" devraient être possibles en pareils cas.

III. DÉFINITIONS

a) Application d'une mesure

Pour déposer un recours "en situation de non-violation", la partie plaignante doit démontrer qu'il existe un lien de causalité entre le préjudice subi et la "mesure" prise par la partie défenderesse. Bien que le terme "mesure" n'ait pas encore été défini de façon explicite, la décision rendue dans l'affaire *Japon - Pellicules* a laissé entendre que les groupes spéciaux de l'OMC pouvaient interpréter le terme assez largement, en l'étendant à tous les aspects d'une action gouvernementale. Dans la majorité des affaires "en situation de non-violation" examinées à ce jour, les plaintes se sont rapportées à des lois ou règlements gouvernementaux. Dans certaines affaires, les groupes spéciaux ont également jugé que le terme "mesure" comprenait les lignes directrices administratives. Toutefois, dans les affaires susmentionnées (*Japon - Semi-conducteurs* et *Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*), le contexte particulier a été jugé critique, en ce sens que les lignes directrices administratives s'appliquaient comme si elles étaient impératives.

Les Membres devraient examiner l'application du recours "en situation de non-violation" aux actions des tribunaux ou des autorités chargées de l'application des lois. Par exemple, si un tribunal de dernière instance dans un pays Membre rejetait des dispositions législatives en voie d'adoption ou déjà adoptées au moment où les Membres négociaient l'Accord sur les ADPIC, d'autres Membres pourraient-ils prétendre avoir octroyé certaines concessions au motif qu'ils s'attendaient à ce que les mesures législatives soient adoptées ou demeurent en vigueur?

Bien que la jurisprudence du GATT/de l'OMC offre peu d'indications précises sur le sujet, les groupes spéciaux seront appelés à déterminer si le terme "mesure" comprend les décisions judiciaires et les actions des autorités chargées de l'application des lois dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC. Il en est ainsi parce que l'Accord sur les ADPIC, en plus d'établir des normes internationales pour les droits de propriété intellectuelle, énonce les obligations relatives à leur exécution par voie de procédures et de mesures correctives civiles, administratives et pénales. On peut raisonnablement présumer que les Membres ne voudraient pas utiliser le recours "en situation de non-violation" pour interjeter appel dans le cadre de différends intérieurs et ainsi faire des groupes spéciaux de l'OMC l'autorité de dernier ressort. Même si le recours "en situation de non-violation" ne se limitait qu'aux cas d'actes systémiques, à quel type de contraintes les groupes spéciaux de l'OMC seraient-ils soumis au moment de rendre un jugement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par les Membres à leurs tribunaux et organismes d'exécution nationaux? Dans un tel contexte, le recours "en situation de non-violation" serait-il soudainement possible en l'absence d'action? Il s'agirait là d'une perspective dangereuse que les Membres devraient songer à rejeter officiellement. Mais avant tout et par-dessus tout, comment les groupes spéciaux pourraient-ils éviter de s'immiscer dans les questions liées au fonctionnement même des institutions étatiques (c'est-à-dire leur organisation, les ressources dont elles disposent, la manière dont les décisions sont rendues)?

b) Avantages résultant de l'Accord sur les ADPIC

Afin de faire la preuve de l'existence d'une annulation ou d'une réduction "en situation de non-violation" au sens de l'article XXIII:1 b), un Membre doit démontrer qu'un "avantage" escompté lui revenait au moment de la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, et que cet "avantage" a été annulé ou réduit par la suite. Comment le terme "avantage" devrait-il être défini? L'historique des négociations sur les ADPIC ne fournit pas ou presque pas d'indices à cet égard. Puisqu'il n'y avait pas

de vues communes sur la façon dont s'appliquerait le recours "en situation de non-violation", aucune discussion de fond ne s'est tenue sur la notion d'"avantage". La jurisprudence existante en matière de recours "en situation de non-violation" fournit un cadre précieux pour l'analyse globale, mais est d'une utilité limitée pour ce qui est de définir la notion d'"avantage" dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC. Les négociations du GATT ont pour objectif l'échange de concessions en matière d'accès aux marchés. De ce point de vue, il est logique que l'"avantage" revendiqué soit l'accès aux marchés additionnel obtenu pendant un cycle de négociations donné. Cependant, l'Accord sur les ADPIC est principalement un accord qui établit des normes minimales et des règles générales en ce qui concerne l'acquisition, le maintien et le respect des droits de propriété intellectuelle. Même si les droits de propriété intellectuelle peuvent faciliter les échanges et les investissements, les obligations contenues dans l'Accord sur les ADPIC ne peuvent être considérées comme des concessions en matière d'accès aux marchés. L'"avantage" conféré est la capacité des tiers d'"acquérir, de maintenir et de faire respecter" les droits de propriété intellectuelle. L'"avantage" ne s'étend pas automatiquement à l'exploitation de ces droits. Par ailleurs, il y a différentes formes d'avantages non économiques à prendre en considération, par exemple les facteurs positifs générés par le nombre de fois où un article de revue scientifique est cité. Voici quelques exemples illustrant les répercussions inquiétantes d'une notion d'"avantage" liée à l'accès aux marchés dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC:

Sécurité nationale: Un terroriste notoire signe un contrat avec un éditeur afin de publier et de distribuer un livre sur la façon dont sont menées les opérations terroristes. L'éditeur dans le Membre A obtient les droits de vente et de distribution du livre à l'échelle mondiale et s'apprête à accepter les commandes anticipées du livre, démontrant ainsi le potentiel de vente du livre. Le Membre B prend des mesures visant à interdire la publication du livre pour des motifs de sécurité nationale. Le Membre A devrait-il être en mesure d'introduire une plainte "en situation de non-violation" en vertu de l'Accord sur les ADPIC au motif que l'accès aux marchés associé au droit d'auteur a été annulé et réduit? Ou bien alors, l'interdiction devrait-elle être traitée de façon plus appropriée en tant que question de commerce de marchandises aux termes des articles XI (restrictions quantitatives), XX (exceptions générales) ou XXI (exceptions concernant la sécurité) du GATT? Des questions similaires sont susceptibles d'être soulevées lorsqu'un droit d'auteur existe sur des œuvres qui sont autrement assujetties à des restrictions quant à la liberté d'expression et dont l'interprétation peut varier de Membre en Membre (par exemple, le libellé diffamatoire, la pornographie et la littérature raciste).

Pouvoir réglementaire: Le Membre A adopte un programme d'enregistrement des armes à feu qui est mis en œuvre par voie du renouvellement périodique d'un permis et de droits connexes. Par suite de l'adoption de la mesure, on constate une réduction des exportations d'armes à feu brevetées en provenance du Membre B. Ce dernier devrait-il être en mesure d'introduire une plainte "en situation de non-violation" en vertu de l'Accord sur les ADPIC, au motif que l'accès aux marchés associé aux droits de brevet sur les armes à feu exportées vers le Membre A a été annulé et réduit? Dans l'affirmative, quelles sont les circonstances dans lesquelles les Membres de l'OMC peuvent exercer un pouvoir réglementaire afin de contrôler l'entrée sur le marché de ce qui pourrait être perçu comme des produits brevetés moins réglementés mais encore contrôlés (par exemple, les produits pharmaceutiques, les biens électroniques et les pièces détachées de machines)?

Autorité institutionnelle: En raison du nombre croissant d'affrontements entre enfants au sujet des cartes à collectionner, les autorités scolaires dans le Membre A interdisent aux élèves d'apporter de telles cartes sur les terrains d'école. La mesure entraîne la réduction des ventes de cartes à collectionner portant la marque de commerce en provenance du Membre B. Ce dernier devrait-il être en mesure d'introduire une plainte "en situation de non-violation" en vertu de l'Accord sur les ADPIC, au motif que l'accès aux marchés associé aux cartes à collectionner portant la marque de commerce exportées par le Membre B a été annulé et réduit? Dans l'affirmative, sur quoi peut-on se fonder pour imposer des limites à l'utilisation du recours visant les mesures gouvernementales, telles que celles en

matière de santé ou de sécurité, qui nuisent à l'accès aux marchés des marchandises ou des services portant la marque de commerce?

c) Mesures correctives

La nature de la mesure corrective constitue l'une des différences principales entre les plaintes "en situation de violation" (article XXIII:1 a) du GATT) et celles "en situation de non-violation" (article XXIII:1 b)). La mesure corrective prescrite dans une affaire "en situation de violation" soumise au règlement des différends est, en règle générale, le retrait de la mesure, mais il n'en est pas ainsi pour les affaires "en situation de non-violation" (article 26:1 b) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord)). Comme l'a souligné l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets*, dans une affaire "en situation de non-violation", "[i]l ne s'agit pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation". Dans le contexte du GATT, lorsque l'allégation se rapporte à l'annulation ou la réduction de concessions en matière d'accès aux marchés, la quantification de la compensation ne pose habituellement pas de problème important. Cependant, la quantification du niveau de l'annulation et de la réduction des avantages peut s'avérer plus difficile dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.

Supposons que le Membre A prévoit des procédures et des mesures correctives civiles et administratives pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle mais qu'il apporte une modification ayant pour effet d'alourdir la charge de la preuve imposée au détenteur des droits, de sorte qu'il lui devient très difficile d'obtenir gain de cause. Le Membre B introduit une plainte "en situation de non-violation". Comment fait-on pour quantifier le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages sans avoir de renseignements précis au sujet du nombre de détenteurs de droits touchés dans le Membre B, du nombre de ces détenteurs qui auraient eu gain de cause en l'absence de la modification, ainsi que des avantages "économiques" escomptés, s'il en est, qui ont été perdus? Le fait de disposer des mesures correctives économiques ou monétaires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC est totalement indépendant de la garantie d'accès aux marchés, laquelle n'est pas le but de l'Accord sur les ADPIC.

d) Attentes raisonnables

Conformément à la pratique du GATT, une plainte doit être fondée sur une mesure que la partie plaignante n'aurait pas pu raisonnablement ou légitimement escompter ou prévoir (voir *CEE - Agrumes*). Les groupes spéciaux ont également examiné les attentes raisonnables des parties plaignantes quant aux avantages qui leur sont conférés en vertu d'un accord donné. La note du Secrétariat (IP/C/W/124) indique que le caractère raisonnable des attentes est considéré à partir du moment où la négociation des engagements visés a été conclue. Par conséquent, le rapport temporel est essentiel pour déterminer si la mesure aurait pu être raisonnablement escomptée. À cet égard, l'Accord sur les ADPIC semble avoir été conclu le 15 avril 1994, lorsque l'Acte final du Cycle d'Uruguay a été adopté par les Membres. Il semble que la question du rapport temporel mérite d'être examinée au Conseil des ADPIC.

IV. CHARGE DE LA PREUVE

Puisque les plaintes "en situation de non-violation" empiètent sur le principe selon lequel les Membres ne seront tenus responsables que de la violation de leurs obligations, la pratique du GATT a établi, dans de tels cas, différentes règles relatives à la charge de la preuve. Dans les affaires "en situation de violation", s'il y a violation de l'obligation, on en déduit qu'il y a annulation ou réduction d'avantages. Par conséquent, une fois l'existence d'une violation établie par la partie plaignante, il incombe alors à la partie défenderesse de prouver l'absence d'annulation ou de réduction. En revanche, dans une affaire "en situation de non-violation", on ne peut déduire qu'il y a eu annulation

ou réduction des avantages. Il appartient à la partie plaignante de présenter une "justification détaillée" à l'appui de sa plainte (article 26:1 a) du Mémorandum d'accord). Les affaires examinées à ce jour donnent à penser qu'une telle justification doit constituer davantage qu'une simple description de la mesure incriminée. Elle doit constituer une explication détaillée des attentes des parties négociatrices et démontrer l'existence d'un lien de causalité très net entre la mesure en cause et l'annulation ou la réduction des avantages. En règle générale, il semblerait que les groupes spéciaux aient appliqué un niveau de preuve fondé sur un équilibre des probabilités. Les Membres devraient se demander s'il conviendrait d'appliquer un niveau plus élevé dans les affaires "en situation de non-violation" relevant de l'Accord sur les ADPIC.

V. ADOPTION DES DÉCISIONS PAR CONSENSUS "POSITIF" PLUTÔT QUE PAR CONSENSUS "NÉGATIF" DANS LES PLAINTES "EN SITUATION DE NON-VIOLATION" RELEVANT DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

En vertu du Mémorandum d'accord, les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont adoptées par consensus "négatif", c'est-à-dire qu'un rapport est adopté sauf s'il est rejeté par tous les Membres. Il semble y avoir une exception à la règle dans le cas de plaintes "motivées par une autre situation" au sens de l'article XXIII:1 c) du GATT. L'article 26:2 du Mémorandum d'accord établit les règles applicables aux affaires relevant de l'article XXIII:1 c). Il prévoit notamment que la décision du GATT de 1989, "Amélioration des règles et procédures de règlement des différends du GATT" (L/6489) s'appliquera à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en œuvre des recommandations et décisions relatives aux plaintes "en situation de violation". La décision prévoit ce qui suit:

"La pratique de l'adoption des rapports des groupes spéciaux par consensus sera maintenue, sans préjudice des dispositions de l'Accord général concernant la prise de décisions, qui restent applicables."

Quant à l'article XXIII:1 b), en l'absence d'un libellé explicite contraire à l'article 26:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, il semblerait que l'adoption de décisions "en situation de non-violation" se fasse par consensus "négatif".

En imposant un moratoire de cinq ans et l'examen obligatoire de l'application de l'article XXIII:1 b) et c) du GATT, conformément à l'article 64:2 et 64:3 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont reconnu l'existence de certaines similitudes inhérentes et préoccupations partagées en ce qui concerne les plaintes "en situation de non-violation" et celles "motivées par une autre situation". Les dispositions relatives aux "situations de non-violation" ont été traditionnellement formulées pour abattre des obstacles non tarifaires qui autrement auraient réduit à néant l'efficacité des anciennes règles du GATT. Les plaintes "motivées par une autre situation" avaient pour but de donner à un Membre la possibilité "de demander une modification des engagements qu'il a pris si les mesures adoptées par d'autres créent des conditions dans lesquelles il ne peut plus respecter ces engagements" (E/CONF.2/C.6/W.19, page 1). Du point de vue de la politique, les plaintes "en situation de non-violation" et celles "motivées par une autre situation" soulèvent plusieurs questions identiques. La capacité des Membres d'introduire des mesures nouvelles et peut-être vitales concernant les questions sociales, le développement économique, la santé, l'environnement et la culture ne devrait pas être interprétée comme niant les avantages définis de façon ambiguë aux termes de l'Accord sur les ADPIC. Comme il est indiqué dans la section du présent document consacrée à la charge de la preuve, les alinéas b) et c) de l'article XXIII:1, contrairement à l'alinéa a), ne permettent pas de présumer qu'il y a annulation et réduction. La partie plaignante doit prouver que le Membre qui porte atteinte à ses droits a annulé ou réduit des avantages qui avaient été raisonnablement prévus lors de la conclusion des négociations sur les ADPIC. Dans le même ordre d'idées, comme il en a été question dans la section du présent document relative aux mesures correctives, en ce qui a trait tant aux plaintes "en situation de non-violation" qu'à celles "motivées par une autre situation", il ne s'agit

pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation. Par conséquent, on peut raisonnablement se demander si, dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, les plaintes "en situation de non-violation" et celles "motivées par une autre situation" ne devraient pas également partager le même processus d'adoption des décisions – à savoir, l'adoption par consensus "positif" (c'est-à-dire que tous les Membres devraient accepter le rapport pour que celui-ci soit adopté).

VI. CONCLUSION

Le présent document de travail ainsi que les communications antérieures d'autres Membres montrent qu'il existe des raisons valables de poursuivre la discussion et l'examen de fond, au Conseil des ADPIC, de la portée et des modalités pour les plaintes "en situation de non-violation" concernant l'Accord sur les ADPIC et les droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, nous encourageons le Conseil des ADPIC à poursuivre le débat sur les questions mises en évidence dans les documents présentés à ce jour, afin de s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe au titre de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE I: DOCUMENT IP/C/W/127

**ANNULATION OU RÉDUCTION D'AVANTAGES EN SITUATION DE
NON-VIOLATION DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES
ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
QUI TOUCHENT AU COMMERCE (ADPIC)**

Communication du Canada

Par une communication de sa Mission permanente datée du 5 février 1999, le Canada a demandé que le texte ci-après soit distribué aux Membres.

Sujet

L'article 64 de l'Accord sur les ADPIC prévoit un recours en cas d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation ("non-violation") dans le cadre de l'Accord. Aux termes de cet article, il sera possible, le 1^{er} janvier 2000, de déposer des plaintes en situation de non-violation se rapportant à des droits de propriété intellectuelle à moins que tous les Membres de l'OMC n'en décident autrement par consensus. À ce jour, le Conseil des ADPIC n'a mené aucun débat de fond sur la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages en situation de non-violation. Le Canada estime qu'il est urgent d'entreprendre cet examen. Il s'inquiète de ce que l'usage qui serait fait de ce recours dans le contexte de la propriété intellectuelle limite la capacité des Membres à introduire des mesures importantes dans de nombreux secteurs vitaux.

Contexte

L'article XXIII du GATT de 1994, en vertu duquel une mesure se traduisant par une "annulation ou une réduction d'avantages en situation de non-violation" doit faire l'objet d'une compensation, a été incorporé dans l'Accord sur les ADPIC. En termes simples, une mesure se traduisant par une "annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation" est une mesure qui, bien que n'étant pas contraire aux dispositions de l'accord, a pour effet d'annuler ou de compromettre un "avantage" garanti en vertu d'un traité. Une telle disposition a pour objet de protéger l'équilibre global des concessions qui faisait l'objet d'*attentes raisonnables* lorsque l'accord a été conclu.

Ce concept trouve son origine dans le commerce des marchandises. Il est apparu et a été appliqué pour la première fois dans le domaine de l'accès aux marchés, à l'époque des premiers accords commerciaux internationaux, lorsque les gouvernements pouvaient contourner les quelques engagements qu'ils avaient contractés (et qui concernaient généralement des consolidations tarifaires) en érigeant de nouveaux obstacles non tarifaires pour amoindrir les promesses contenues dans ces accords. De par sa construction (interprétation étroite de la mesure, concept des attentes raisonnables, critère de causalité, niveau de preuve rehaussé) et l'usage qui en est fait (dans seulement huit affaires dans le cadre du GATT et une seule dans le cadre de l'OMC), ce recours traduit le souci des Membres d'en limiter soigneusement sa portée. Après tout, les gouvernements, ayant souscrit des obligations spécifiques en échange d'un ensemble défini d'avantages inscrits sur des listes, ne voulaient pas s'exposer à des différends pour des actes qui n'étaient pas contraires aux termes de l'accord.

Pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, le concept de non-violation a été étendu aux autres accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises (en plus du GATT de 1994) et au commerce des services. Pendant les négociations sur les ADPIC en particulier, l'inclusion d'une disposition relative aux plaintes en situation de non-violation dans un accord sur la propriété intellectuelle a suscité un vif désaccord. C'est pourquoi le texte final faisait référence à ce concept mais reportait l'entrée en vigueur de la disposition jusqu'au 1^{er} janvier 2000 et établissait que le Conseil des ADPIC "examinera[it] la portée et les modalités" pour les plaintes de ce type dans l'intervalle et présenterait des recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. La Conférence ministérielle peut décider d'approuver ces recommandations ou de prolonger le moratoire par consensus (article 64).

Selon le Canada, l'effet de cette doctrine dans le contexte des ADPIC est des plus inopportun pour les raisons ci-après: 1) il est très difficile d'évaluer le degré d'obligation qui serait généré par l'introduction du concept de non-violation dans le régime relatif aux ADPIC; et 2) en conséquence, l'élaboration de la politique nationale risque d'être soumise à des contraintes inacceptables.

Sujets de préoccupation

1. Incertitude quant à la portée

Le recours en situation de non-violation repose sur l'hypothèse qu'une mesure prise par un gouvernement peut faire l'objet d'une plainte même si elle ne contrevient pas à des obligations spécifiques. Compte tenu de sa nature inhabituelle, ce recours a été interprété de manière étroite par les groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT, mais le rapport du groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *Japon – Pellicules* a fait naître une certaine incertitude quant à son interprétation, ce qui accroît l'incertitude entourant le recours et lui donne potentiellement une portée très vaste. En outre, il n'a pas été souvent fait usage de ce recours de sorte qu'il y a peu d'analyses sur lesquelles faire fond.

Pour comprendre la nature et la portée de l'obligation de ne pas annuler ni compromettre des avantages attendus telle qu'elle s'applique aux droits de propriété intellectuelle, il faut bien voir en quoi l'Accord sur les ADPIC diffère du GATT et de l'AGCS, et en quoi ces différences font qu'il est beaucoup plus difficile de prévoir les conséquences du recours. Contrairement aux autres Accords de l'OMC, comme ceux qui concernent les marchandises ou les services, l'Accord sur les ADPIC ne porte pas principalement sur les questions touchant à l'accès aux marchés et ne contient pas l'engagement d'arriver à un certain niveau dans ce domaine. L'échange de droits et d'obligations dans le cadre de cet Accord n'est pas le même que dans le cadre du GATT et de l'AGCS. L'Accord sur les ADPIC énonce des règles de base qui visent à assurer que tous les Membres de l'OMC respectent des normes universelles minimales pour la protection de la propriété intellectuelle, et que ces normes soient appliquées de manière compatible avec le traitement national et le traitement NPF. Cette différence entre l'Accord sur les ADPIC et les autres Accords de l'OMC a d'importantes conséquences pour l'usage qui peut être fait du recours en situation de non-violation dans le contexte de la propriété intellectuelle.

C'est lorsqu'on examine le concept d'"avantage" que la difficulté d'appliquer le concept de non-violation aux obligations relatives aux ADPIC apparaît le plus clairement. Le recours en situation de non-violation se justifie par le fait que les Membres concluent un accord commercial qui repose sur des "attentes raisonnables" quant aux avantages qui en résulteront. Par conséquent, il semble fondamental qu'il y ait une certaine concordance de vues entre les Membres, au moment où ils négocient, sur ce que recouvrent ces "avantages". Dans le cas de la propriété intellectuelle, les vues sont très différentes quant au sens du terme "avantage" – lequel a donné lieu à de nombreux débats qui n'ont débouché sur aucune vue commune.

Eu égard aux principaux objectifs de l'Accord sur les ADPIC, le Canada est d'avis qu'un "avantage" s'entend principalement du droit conféré au détenteur de la propriété intellectuelle d'en interdire l'usage non autorisé. Toutefois, certains Membres ont affirmé que les retombées économiques globales anticipées constituaient le véritable avantage d'un droit de propriété intellectuelle. Vu l'absence d'accord ou même d'un débat de fond sur le sens du terme "avantage" dans le contexte des droits de propriété intellectuelle, un groupe spécial aurait à donner une définition pratiquement à partir de rien, ce qui sort des limites du mandat souhaitable d'un groupe spécial dans le cadre du processus de règlement des différends.

Il est normal qu'il y ait différentes interprétations des obligations mais, en l'occurrence, l'absence de vue commune sur l'élément fondamental du recours rend hautement imprévisible l'usage qui peut en être fait. Une telle incertitude a un effet paralysant sur l'exercice du pouvoir réglementaire légitime. Plus l'incertitude est grande, plus l'incidence est forte. En outre, cela peut, dans certains cas, avoir pour résultat de restreindre fortement ce que beaucoup considéreraient comme l'exercice normal du pouvoir souverain de réaliser les objectifs fixés en matière de santé, de sécurité et d'environnement.

2. Affaiblissement du pouvoir réglementaire

Étant donné que le caractère imprécis du concept de non-violation dans le contexte de la propriété intellectuelle, les gouvernements risquent de se trouver réellement et indûment freinés dans l'élaboration de leurs politiques. Il est admis que les mesures et les politiques adoptées pour réaliser des objectifs légitimes des pouvoirs publics, même si elles sont pleinement compatibles avec les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, peuvent avoir une incidence sur les droits de propriété intellectuelle. Le règlement des différends étant contraignant, les Membres pourraient découvrir que le concept vague de non-violation appliqué aux obligations afférentes aux ADPIC risque d'avoir une portée beaucoup plus vaste que ce qu'ils auraient jamais pu prévoir.

L'exercice par les gouvernements de leurs pouvoirs normaux entraîne souvent des modifications des conditions applicables aux activités commerciales. Ces modifications peuvent englober la réduction de la valeur d'un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, une prescription relative à l'emballage neutre des cigarettes pourrait être considérée comme "annulant ou compromettant" l'avantage que les ressortissants des pays exportateurs de cigarettes devraient, selon les attentes de ces pays, retirer de leurs droits de marque.

En raison de l'incertitude entourant le recours dans le contexte des ADPIC, il est capital que les gouvernements aient une parfaite connaissance des obligations qu'ils souscrivent et que, dans toute la mesure du possible, les obligations soient énoncées par écrit afin de limiter au maximum la possibilité d'une interprétation non voulue.

Conclusion

Le recours en situation de non-violation a été élaboré dans un contexte tout à fait différent de celui de l'Accord sur les ADPIC, en tant que moyen d'assurer l'accès aux marchés. Le transplanter dans l'environnement des ADPIC n'est pas indiqué dans le contexte de la propriété intellectuelle et, selon le Canada, cela introduira dans l'Accord une incertitude pernicieuse. Cela risque de restreindre la capacité des Membres à introduire des mesures nouvelles et peut-être fondamentales dans le domaine social et en matière de développement économique, de santé, d'environnement et de culture, mesures qui pourraient être interprétées comme déniaient des avantages mal définis découlant de l'Accord sur les ADPIC.

Annexe I du document IP/C/W/124

Dispositions pertinentes

Extrait de l'Accord sur les ADPIC

Article 64

Règlement des différends

1. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.
2. Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.
3. Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel.

Extrait du GATT de 1994

Article XXIII

Protection des concessions et des avantages

1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est compromise du fait
 - a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord,
 - b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord,
 - c) ou qu'il existe une autre situation,

ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

ANNEXE II : DOCUMENT IP/C/W/191

**PLAINTES EN SITUATION DE NON-VIOLATION AU TITRE DE L'ACCORD
SUR LES ADPIC - POINTS PROPOSÉS POUR L'EXAMEN DE LA
PORTÉE ET DES MODALITÉS PRÉVU À L'ARTICLE 64:3
DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

Communication du Canada, de la République tchèque, des Communautés européennes
et de leurs États membres, de la Hongrie et de la Turquie¹

La Délégation permanente de la Commission européenne a fait parvenir au Secrétariat la présente communication datée du 21 juin 2000, présentée au nom du Canada, de la République tchèque, des Communautés européennes et de leurs États membres, de la Hongrie et de la Turquie.

1. Introduction

1. La nature spécifique de l'Accord sur les ADPIC veut que la portée et les modalités pour les plaintes en situation de non-violation fassent l'objet d'un examen minutieux. La question de la portée et des modalités pour ces plaintes dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC n'a cependant pas été examinée comme il convient jusqu'ici. Les travaux n'ont pas suffisamment avancé pour qu'il soit possible de tirer des conclusions définitives des contributions des Membres et des débats qui se sont déroulés au Conseil des ADPIC.

2. D'une manière générale, les Membres ont exprimé des vues divergentes. Ils n'ont toutefois guère donné de détails pour illustrer leurs positions respectives, lesquelles peuvent être résumées comme suit: un Membre a fait ressortir les similitudes des trois Accords essentiels de l'OMC et a dit tenir à ce que des plaintes puissent être déposées contre les mesures qui, sans contrevenir à l'Accord sur les ADPIC, risquent néanmoins d'annuler ou de compromettre des avantages qui sont censés en découler. La portée potentiellement étendue des plaintes en situation de non-violation a incité d'autres Membres à souligner qu'il importait de poursuivre le débat. Il a été signalé qu'il était primordial de maintenir la cohérence entre les principaux Accords de l'OMC et d'éviter toute application contradictoire. La nécessité de pouvoir poursuivre en toute liberté des objectifs légitimes d'intérêt public a également été signalée.

3. Compte tenu de la ferme volonté de poursuivre un examen approfondi, mise en lumière par les débats de la dernière réunion du Conseil des ADPIC du 21 mars 2000, la présente communication se veut un moyen de contribuer au futur débat de fond sur la portée et les modalités pour les plaintes en situation de non-violation qui aura lieu au Conseil des ADPIC. Elle ne présente évidemment pas toutes les questions que les délégations pourraient vouloir soulever à ce sujet et pourra être complétée par d'autres communications écrites.

2. Considérations

4. Un certain nombre d'éléments devront être mûrement pesés au moment d'examiner la portée et les modalités pour les plaintes de non-violation formulées au titre de l'Accord sur les ADPIC.

¹ Ces Membres ont précisé que la présente communication était présentée sans préjudice des droits et obligations qui découlaient pour eux de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC.

a) L'Accord sur les ADPIC n'est pas en soi un accord sur l'accès aux marchés

5. S'il est vrai que l'Accord sur les ADPIC facilite l'accès aux marchés des marchandises et des services protégés par des droits de propriété intellectuelle, il n'est pas un accord sur l'accès aux marchés à proprement parler. Les engagements en matière d'accès aux marchés sont contenus dans les listes annexées au GATT et à l'AGCS de chacun des Membres de l'OMC et ont été négociés au cours des cycles de négociations successifs du GATT/de l'OMC.

6. L'Accord sur les ADPIC est essentiellement un accord *sui generis*. Il établit des normes minimales en ce qui concerne l'acquisition ou l'exploitation des droits de propriété intellectuelle et leur portée, ainsi que des procédures et des mesures destinées à faire respecter ces droits, notamment en permettant toute action efficace contre l'utilisation non autorisée de ces droits par des tiers. Les plaintes pourraient donc être considérées comme correspondant à une situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'elles se rapportent essentiellement aux avantages que l'on peut raisonnablement attendre des droits de propriété intellectuelle conférés et de leur exercice exclusif, soit les avantages *spécifiques* à l'Accord sur les ADPIC, et non aux gains économiques en résultant, qui sont visés par les concessions en matière d'accès aux marchés accordées au titre du GATT ou de l'AGCS.

7. Pourraient entrer dans cette catégorie les cas où l'existence, le maintien et le respect d'un droit de propriété intellectuelle constituent l'*objet spécifique* d'une plainte. À l'inverse, lorsque c'est l'accès aux marchés, ou plutôt une restriction limitant cet accès, qui constitue l'objet principal d'une plainte, la plainte devrait être déposée exclusivement dans le cadre des procédures pertinentes prévues dans le GATT et l'AGCS.

b) Cohérence entre les divers Accords de l'OMC

8. Les droits de propriété intellectuelle se rapportent invariablement à des marchandises ou à des services, pour lesquels des droits d'accès aux marchés ont été négociés dans le cadre du GATT ou de l'AGCS. Dans l'intérêt de tous les Membres de l'OMC, il importe de veiller à ce qu'une plainte déposée au titre de différends Accords de l'OMC n'aboutisse pas à un règlement du différend qui pourrait avoir pour effet de compromettre la cohérence entre ces accords.

9. Cela est particulièrement vrai pour les plaintes en situation de non-violation, dans la mesure où elles concernent non pas un manquement à une obligation internationale contractée par un Membre de l'OMC, mais l'annulation ou la réduction d'un avantage sans qu'il ait été porté atteinte à une disposition particulière.

10. Quelques exemples suffiront pour illustrer la nécessité de maintenir la cohérence entre les différents Accords de l'OMC. Un pays peut décider, par exemple, d'interdire la fabrication, la transformation, l'importation et la distribution de matériaux ou de produits contenant une substance prohibée. Cette interdiction est susceptible de se répercuter sur les titulaires étrangers de droits de propriété intellectuelle qui pourraient bien être les principaux fournisseurs de ces produits sur ce marché. De même, un pays peut décider d'appliquer des restrictions en matière de publicité pour la commercialisation de certains services ou marchandises, et cela pourrait considérablement nuire à la promotion de marques de commerce ou de fabrique ou autres dénominations. Ou encore, un pays peut décider d'imposer lourdement certaines marchandises comportant des droits de propriété intellectuelle dont l'emploi est nocif pour l'environnement.

11. Dans tous ces cas, il n'est pas du tout certain que les Membres de l'OMC accepteraient qu'un pays dépose une plainte en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC si la mesure en question est jugée pleinement conforme aux dispositions multilatérales du GATT et des accords qui y sont annexés ou de l'AGCS. À tout le moins, pour maintenir la cohérence entre les Accords de

l'OMC, les mesures qui relèvent des exceptions générales énoncées dans le GATT ou l'AGCS ne devraient pas être assujetties à un règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Les accords énumérés dans la note du Secrétariat² qui contiennent des dispositions sur les plaintes en situation de non-violation donnent à penser que la possibilité de tels conflits peut être réduite. Il y a d'autres approches, outre les exceptions, qui méritent également d'être envisagées lors de discussions futures.

3. Suivi proposé

12. Étant donné le nombre de questions qu'il reste encore à clarifier et à examiner, il est proposé de poursuivre le débat sur la portée et les modalités au Conseil des ADPIC. Des contributions complémentaires pourront jeter un éclairage nouveau sur d'autres questions difficiles, comme la distinction entre les plaintes en situation de violation et les plaintes en situation de non-violation dans le seul contexte de l'Accord sur les ADPIC, ou la relation entre les plaintes en situation de non-violation et les principes généraux énoncés dans l'Accord.

13. Par ailleurs, il n'y a à l'heure actuelle pas d'entente précise entre les Membres de l'OMC sur le sens du terme "avantage" aux fins de l'Accord sur les ADPIC. De plus, vu la différence relevée entre l'Accord sur les ADPIC et les autres Accords de l'OMC, il importe de clarifier l'application de la notion de plainte en situation de non-violation dans le contexte de la propriété intellectuelle, dans le cadre des règles existantes de l'OMC. L'incertitude qui entoure l'application de cette notion doit être dissipée si l'on veut limiter au maximum la possibilité d'une interprétation non voulue.

14. Enfin, nous aimerions attirer l'attention des Membres de l'OMC sur la note du Secrétariat susmentionnée où figurent des renseignements précieux qui mériteraient d'être étudiés lors de discussions futures.

² IP/C/W/124, daté du 28 janvier 1999.