ANNEXE B

COMMUNICATIONS DE LA CHINE

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
B-1	Résumé analytique de la première communication écrite de la Chine	B-2
B-2	Résumé analytique de la déclaration orale de la Chine à la première réunion de fond	B-18
B-3	Déclaration orale finale de la Chine à la première réunion de fond	B-23
B-4	Résumé analytique de la communication présentée par la Chine à titre de réfutation	B-26
B-5	Résumé analytique de la déclaration orale de la Chine à la deuxième réunion de fond	B-45
B-6	Déclaration orale finale de la Chine à la deuxième réunion de fond	B-51

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CHINE

I. INTRODUCTION

1. Les États-Unis sont bien loin de s'acquitter de la charge qui leur incombe de démontrer que la Chine ne satisfait pas à ses obligations au titre de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC"). Les États-Unis, dans leur première communication écrite, ont systématiquement décrit d'une manière erronée le droit chinois et la pratique de la Chine. Ils ont aussi cherché à élargir considérablement la portée des obligations des Membres dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et n'ont pas tenu compte du premier paragraphe de l'Accord: "Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques."

2. S'agissant de leur *première allégation* (section IV de la communication des États-Unis), les États-Unis n'ont pas démontré que le droit pénal de la Chine était incompatible avec les obligations de celle-ci au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'argument des États-Unis repose sur un libellé de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui a été expressément rejeté au moment où cet accord a été négocié. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, la Chine satisfait scrupuleusement à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en prévoyant des procédures et des sanctions pénales pour les actes délibérés de contrefaçon et de piratage qui sont appropriées, compte tenu du contexte commercial et des structures juridiques de la Chine.

3. S'agissant de leur *deuxième allégation* (section V de la communication des États-Unis), les États-Unis exposent d'une manière inexacte les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC et décrivent d'une manière erronée les pratiques des douanes chinoises. Par conséquent, ils n'ont pas démontré que les douanes chinoises traitaient les marchandises contrefaites qui étaient saisies d'une manière incompatible avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

4. S'agissant de leur *troisième allégation* (section VI de la communication des États-Unis), l'argument des États-Unis résulte d'erreurs fondamentales dans l'idée qu'ils se font de la Loi chinoise sur le droit d'auteur. La principale préoccupation des États-Unis dans le cadre de leur troisième allégation – et leur erreur fondamentale – est que la législation chinoise ne protège pas automatiquement et immédiatement le droit d'auteur. L'allégation des États-Unis est sans fondement une fois cette erreur corrigée.

5. En outre, s'agissant de leur troisième allégation, les États-Unis n'établissent pas *prima facie* le bien-fondé des affirmations qu'ils font dans leur argumentation au sujet de l'article 3 (traitement national) et de l'article 14 (droits connexes) de l'Accord sur les ADPIC.

II. LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE FIXÉS PAR LA CHINE SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS AU TITRE DES ARTICLES 61 ET 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. RÉGIME DESTINÉ À FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN CHINE

6. La Chine dispose de trois régimes juridiques pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle: pénal, administratif et civil. La Chine a recours aux trois régimes dans ses efforts pour lutter contre la contrefaçon et le piratage. Les mesures pénales sont utilisées contre les actes de contrefaçon et de piratage lorsque ceux-ci sont commis à une échelle suffisante pour dépasser les

seuils à partir desquels des moyens pénaux sont mis en œuvre; la Chine rend aussi possible une action des pouvoirs publics à l'encontre d'une activité au moyen de son système de droit administratif. Parallèlement à ces deux formes d'action de la part des pouvoirs publics, la Chine donne aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle la possibilité d'engager des procédures civiles.

1. La Chine a imposé des sanctions pénales à l'égard d'actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale

7. La Chine donne une description détaillée de son régime de droit pénal en matière de propriété intellectuelle. Elle explique chacune des lois pénales ayant un rapport avec les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle, les seuils d'activité spécifiques passibles de sanctions pénales en vertu de chacune des lois et le calcul de ces seuils. En outre, la Chine explique que des sanctions pénales peuvent être imposées dans les affaires relatives à des produits non finis ou en présence d'indices d'atteintes commises à une échelle commerciale et que le droit chinois autorise les particuliers à engager des poursuites pénales.

8. En décrivant son régime juridique, la Chine cherche à rectifier les nombreuses déclarations inexactes et erronées faites par les États-Unis. Ceux-ci, lorsqu'ils ont décrit le droit pénal chinois, se sont mépris sur le seuil à partir duquel le "volume des activités commerciales illicites" relevait du domaine pénal, en faisant abstraction du fait que les autorités chinoises tenaient compte des preuves de l'existence de marchandises contrefaites dans d'autres entrepôts, en cours de transport ou déjà vendues. Les États-Unis n'ont pas tenu compte du calcul cumulatif des seuils sur plusieurs années d'activité criminelle. Ils n'ont pas tenu compte du caractère alternatif des seuils fixés dans plusieurs lois chinoises, à savoir qu'une violation entraîne nécessairement des mesures coercitives dès lors que l'un quelconque des seuils est atteint. Enfin, les États-Unis ont affirmé à tort que la Chine ne pouvait pas imposer de sanctions pénales à l'égard de produits non finis et en présence d'indices de l'existence d'une violation, alors qu'il est clair que le droit chinois prévoit le contraire.

2. La Chine dispose d'un régime d'exécution forcée par la voie administrative qui exerce un effet préventif important en ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle qui se situent en deçà des seuils d'infraction pénale

9. La Chine décrit le régime d'exécution forcée par la voie administrative qui est appliqué en dehors du droit pénal et qui ne dépend pas des seuils d'infraction minimaux fixés dans le droit pénal. Ce régime est un élément caractéristique de l'ordre juridique chinois qui n'a pas son pendant dans la plupart des systèmes occidentaux, y compris dans l'ordre juridique des États-Unis. Contrairement à l'affirmation des États-Unis selon laquelle les seuils fixés dans le droit pénal chinois ont pour effet de mettre "hors d'atteinte" les violations commises à petite échelle, les pouvoirs publics chinois appliquent en fait un régime d'exécution forcée qui sanctionne toute violation, quelle qu'en soit l'ampleur. En Chine, les petits contrevenants ne sont pas à l'abri des mesures coercitives prises par les pouvoirs publics.

3. Les assertions des États-Unis concernant les tendances en matière d'atteintes aux droits ne sont pas fondées

10. La Chine aborde l'allégation des États-Unis selon laquelle une proportion élevée des atteintes au droit d'auteur se situe en deçà des seuils numériques et selon laquelle les contrevenants ont réduit le volume des copies qu'ils réalisaient afin de ne pas être tenus pénalement responsables, lorsque les seuils d'infraction pénale ont été abaissés. L'ensemble de données sur lequel les États-Unis s'appuient émane de perquisitions administratives menées à la demande des détenteurs de droits eux-mêmes; sa valeur probante n'est pas claire et, en tout état de cause, les données n'étayent pas les assertions des États-Unis concernant les tendances statistiques.

B. LA CHARGE DE LA PREUVE QUI INCOMBE AUX ÉTATS-UNIS EST PARTICULIÈREMENT LOURDE LORSQU'IL S'AGIT DE SOUTENIR L'ALLÉGATION SELON LAQUELLE LA CHINE NE S'EST PAS ACQUITTÉE DE SON OBLIGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 61

11. En tant que partie plaignante, il incombe aux États-Unis de s'acquitter de la charge de la preuve lorsqu'ils avancent l'argument selon lequel le régime d'exécution forcée par voie pénale de la Chine ne satisfait pas à l'obligation énoncée dans l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, dans ce cas particulier, les États-Unis doivent assumer une charge notablement plus lourde que celle qui leur incomberait normalement. C'est parce qu'ils formulent une allégation – à savoir que les Membres adhérant à l'Accord sur les ADPIC doivent promulguer des lois pénales qui satisfont à des normes internationales très spécifiques – qui va résolument à l'encontre de la coutume et des règles en matière de droit international.

12. Les organisations internationales traitent les autorités nationales avec une grande déférence en ce qui concerne les questions de droit pénal. L'examen du droit international montre que les États ont traditionnellement considéré le droit pénal comme relevant exclusivement de leur juridiction souveraine; lorsque des gouvernements souverains prennent des engagements internationaux en matière de droit pénal, ceux-ci leur laissent un pouvoir discrétionnaire substantiel en matière de mise en œuvre; et les tribunaux internationaux se sont montrés excessivement réticents à imposer aux États des normes spécifiques dans le domaine pénal.

13. Eu égard au droit international en vigueur, les États-Unis ne doivent pas simplement démontrer que l'interprétation qu'ils proposent de l'obligation énoncée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est correcte au regard des règles ordinaires. Ils doivent aussi persuader le présent Groupe spécial que les parties à l'Accord sur les ADPIC sont convenues de contracter l'obligation de réformer leurs lois pénales dans ce sens bien précis, qui rompt de façon marquée avec la pratique de tous les pays dans le cadre de toutes les autres organisations internationales en ce qui concerne les lois pénales nationales.

C. L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC EXIGE QUE LES MEMBRES FIXENT DES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE POUR LES ACTES DE CONTREFAÇON ET DE PIRATAGE COMMIS À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE", AU SENS LARGE ET DISCRÉTIONNAIRE DU TERME

14. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Le sens et la portée de l'expression "échelle commerciale" sont au cœur du différend entre les États-Unis et la Chine. Les États-Unis proposent une définition qui est incompatible avec le sens ordinaire de cette expression et qui a été expressément rejetée par les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC.

15. L'obligation énoncée à l'article 61 veut que les Membres prévoient des sanctions pénales pour les atteintes délibérées qui supposent une activité d'une ampleur considérable, eu égard au contexte commercial et aux structures juridiques du Membre. La Chine s'est acquittée de cette obligation.

1. Le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" n'est pas toute activité lucrative, quelle qu'en soit l'ampleur

16. Les États-Unis donnent une définition profondément erronée de l'expression "échelle commerciale". Ils prétendent que le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" peut être obtenu en associant le sens ordinaire de "commercial" ("exécuté dans une intention lucrative") et d'"échelle" ("importance, ampleur ou degré"). Il ressort de cette synthèse, selon les États-Unis, que l'expression "échelle commerciale" aurait deux sens distincts et recouvrirait deux catégories d'activité:

premièrement, l'expression "échelle commerciale" désignerait toute activité exécutée dans une intention lucrative (c'est-à-dire que la vente d'un seul article contre un cent américain constituerait une activité à l'échelle commerciale). Deuxièmement, l'expression "échelle commerciale" recouvrirait aussi des activités, "quels qu'en soient le motif ou le but", dont "l'ampleur ou l'importance serait suffisante pour être considérée comme étant à l'"échelle commerciale" sur le marché concerné".

17. L'interprétation des États-Unis est incompatible avec le sens courant de l'article 61. Cette interprétation enfreint le principe selon lequel l'article 61 doit être interprété de façon à donner pleinement effet à tous les mots de la disposition. La définition des États-Unis présume aussi à tort que le sens de l'expression "échelle commerciale" n'est rien d'autre que la somme du terme "commercial" et du terme "échelle".

18. En fait, il ressort d'un examen minutieux de l'usage courant de l'expression qu'"échelle commerciale" désigne une activité portant atteinte à un droit, dont l'ampleur est considérable. Le Comité d'experts de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie a établi en février 1988 une définition de l'expression "échelle commerciale" dont il ressort très clairement que celle-ci était censée être une notion large et souple et qu'elle était aussi conçue pour recouvrir plus que la simple "volonté de faire du profit". D'autres emplois de l'expression "échelle commerciale" dans des documents du GATT et par le gouvernement des États-Unis lui-même étayent cette interprétation de l'expression.

2. Il ressort du contexte de l'article 61 que les Membres n'ont jamais eu l'intention d'être liés par des règles spécifiques concrètes en matière de droit pénal national

19. Conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "Convention de Vienne"), l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC doit être interprété dans son contexte. À cet égard, plusieurs éléments méritent d'être examinés.

20. Premièrement, l'Accord sur les ADPIC ne définit pas ce qui constitue une atteinte substantielle à un droit. Lorsque le soin de définir la portée des droits et l'acte qui constitue une atteinte est laissé à chaque pays, établir un seuil spécifique concret à partir duquel cet acte non défini doit constituer un délit force l'interprétation raisonnable. Il devrait exister à tout le moins des éléments de preuve clairs indiquant que les parties sont convenues d'une économie aussi singulière. Il n'existe aucun élément de preuve clair en ce sens.

21. Deuxièmement, le manque de spécificité du libellé de l'article 61 contraste fortement avec les dispositions spécifiques qui sont énoncées dans les articles 42 à 48 de l'Accord sur les ADPIC. Cela contraste aussi avec les dispositions spécifiques énoncées dans l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT* et dans l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.* Lorsque les parties à la négociation ont souhaité imposer des obligations détaillées et concrètes, elles ont exprimé cette exigence de spécificité en termes clairs.

22. Enfin, l'article 61 doit être interprété dans le contexte de l'article 1:1, qui définit la "nature et [la] portée des obligations" pour l'ensemble de l'Accord, et de l'article 41:5, qui énonce les "obligations générales" concernant les "moyens de faire respecter les droits" dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Les articles 1:1 et 41:5 démontrent que les Membres ont refusé d'accepter que l'Accord sur les ADPIC soit un accord qui les forcerait à procéder à une harmonisation juridique. Au contraire, ils ont insisté sur le fait qu'ils étaient en droit de faire respecter les droits conformément à leurs propres coutumes juridiques et compte tenu de leur situation particulière – telle que l'insuffisance des moyens de répression. Ces articles soulignent non seulement que l'article 61 devrait être interprété au sens large, mais aussi que l'expression "échelle commerciale" est délibérément vague – et qu'elle n'a pas été définie – précisément parce qu'un large bloc de Membres n'auraient jamais accepté une obligation plus spécifique à caractère intrusif.

3. La définition que proposent les États-Unis est incompatible avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC

23. La Convention de Vienne dispose qu'un traité doit être interprété "à la lumière de son objet et de son but". L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, qui sont clairement énoncés dans le Préambule de l'Accord, consistent à promouvoir le commerce international en protégeant la propriété intellectuelle dans le cadre des règles de droit des Membres et des moyens dont ils disposent. L'objet et le but indiquent bien que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne devrait pas être interprété comme s'il obligeait les Membres à harmoniser leurs systèmes judiciaires ou à faire abstraction de leurs intérêts lorsqu'ils élaborent des mesures pénales qui tiennent compte de leurs propres règles de droit et de l'intérêt public.

4. Les actions ultérieures des Membres – y compris des États-Unis – indiquent qu'ils ont interprété l'expression "échelle commerciale" comme imposant uniquement un critère large et élevé

24. Les Membres n'ont jamais interprété l'expression "échelle commerciale" comme signifiant toute activité menée dans un but commercial. L'action passée du gouvernement canadien et de la Communauté européenne montre qu'ils n'ont pas interprété l'expression "échelle commerciale" comme recouvrant simplement toute activité menée dans un but commercial.

25. La pratique des États-Unis dans le cadre de leurs accords bilatéraux de libre-échange ultérieurs a consisté à définir soigneusement l'expression "échelle commerciale" de façon à ce qu'elle recouvre toute activité lucrative. Il n'y aurait aucune raison de négocier cette définition avec des pays qui sont déjà assujettis aux obligations qui découlent de l'Accord sur les ADPIC si l'expression avait déjà cette signification dans l'Accord sur les ADPIC. Au contraire, le fait que les États-Unis insistent pour élaborer une définition plus stricte dans le contexte bilatéral indique bien que l'expression "échelle commerciale" telle qu'elle figure dans l'Accord sur les ADPIC est une notion large qui donne aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation considérable. C'est la preuve que les États-Unis n'ont pas réussi à obtenir, dans le cadre des négociations relatives à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, l'obligation qu'ils cherchent néanmoins à imposer en l'occurrence.

5. L'historique des négociations montre que les parties étaient d'avis que l'expression "échelle commerciale" établissait un large critère visant une activité portant atteinte à un droit, dont l'ampleur était considérable

26. L'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC démontre de façon convaincante que le critère de l'"échelle commerciale" a clairement été proposé et adopté en tant qu'alternative au libellé que proposent maintenant les États-Unis. Il était entendu que le véritable critère de l'Accord sur les ADPIC était vaste et souple et aussi qu'il visait la contrefaçon et le piratage d'une grande ampleur. Les parties à la négociation, à de multiples reprises, ont examiné et rejeté la formule voulant que tout acte de contrefaçon ou de piratage exécuté en vue d'obtenir un bénéfice commercial soit passible de sanctions pénales.

D. LA CHINE A MIS EN ŒUVRE L'OBLIGATION QUI LUI EST FAITE À L'ARTICLE 61 D'IMPOSER DES MESURES PÉNALES À L'ENCONTRE DES ACTES DÉLIBÉRÉS DE CONTREFAÇON ET DE PIRATAGE COMMIS À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE

27. Le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est un critère large, subordonné à la discrétion nationale et aux conditions locales. Le Groupe spécial, lorsqu'il examinera la question de savoir si la Chine a satisfait à son obligation, devrait se demander si les seuils d'infraction pénale retenus dans la législation chinoise se situent légitimement "à l'échelle commerciale" et relèvent légitimement de la discrétion souveraine. Compte tenu du caractère large du

critère de l'"échelle commerciale" et de l'importance de respecter la discrétion nationale, la Chine propose que le Groupe spécial détermine si le droit chinois sanctionne pénalement les atteintes délibérées qui supposent une activité d'une ampleur considérable et si ces sanctions sont appropriées, eu égard au contexte commercial et aux structures juridiques de la Chine. La Chine sanctionne pénalement une activité portant atteinte à un droit qui excède les seuils prévus dans sa législation. Il reste donc au Groupe spécial deux questions à examiner: les seuils d'infraction pénale sont-ils appropriés, compte tenu de la structure du droit chinois? Et les seuils sont-ils raisonnables, eu égard au commerce intérieur en Chine?

1. Le Groupe spécial devrait conclure que les seuils d'infraction pénale sont appropriés au regard de la structure du droit pénal de la Chine

28. La Chine fixe des seuils pour divers délits commerciaux, compte tenu des ressources judiciaires dont elle dispose et de ses priorités en matière de poursuites pénales et de mesures répressives. Conformément à ses obligations au titre de l'article 61 et comme elle est en droit de le faire en vertu de l'article 41:5, la Chine a établi pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle des mesures pénales qui sont proportionnelles par rapport à celles qui sanctionnent les autres délits commerciaux.

29. Les États-Unis voudraient que la Chine réforme complètement son régime de droit pénal. Ils voudraient pour ainsi dire qu'elle supprime ses seuils – compte tenu du terme "lucratif" employé par les États-Unis, le seuil serait de 1 RMB – et, par conséquent, qu'elle mette en place pour le droit pénal un système de répression impraticable et qu'elle fasse passer la répression des infractions pénales en matière de droits de propriété intellectuelle avant celle d'autres délits extrêmement graves, tels que le faux-monnayage et la corruption. Cela constituerait un changement audacieux par rapport à la déférence à l'égard du droit national et au respect de l'affectation des ressources en matière de répression qui sont envisagés dans l'Accord sur les ADPIC.

30. La Chine a agi de bonne foi en mettant en œuvre l'obligation qui lui est faite à l'article 61. Les seuils d'infraction pénale pour les actes de contrefaçon et de piratage sont raisonnables et appropriés, compte tenu des structures juridiques et des autres lois de la Chine sanctionnant les délits commerciaux.

2. Les seuils d'infraction pénale sont appropriés à l'échelle du commerce intérieur en Chine

31. Les seuils d'infraction pénale sont raisonnables compte tenu non seulement de l'ordre juridique de la Chine, mais aussi de l'échelle à laquelle s'opère le commerce en Chine, point de référence raisonnable pour apprécier les critères "à l'échelle commerciale" d'un Membre. Il est approprié – compte tenu du sens de l'expression "à une échelle commerciale" dans l'Accord sur les ADPIC – qu'un Membre établisse des seuils qui sont en rapport avec les indicateurs relatifs à une entreprise commerciale viable.

32. La Chine a établi un seuil pour le volume des activités commerciales illicites – un parmi plusieurs autres seuils d'infraction pénale – qui est beaucoup plus bas que celui auquel opèrent même les plus petites entreprises commerciales en Chine. La Chine a choisi ses seuils d'infraction pénale non pas de façon à atténuer autant que possible ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, mais parce que, selon son jugement souverain, ces seuils sont ceux qui représentent le mieux le stade à partir duquel les atteintes aux droits de propriété intellectuelle mettent en péril l'ordre public et justifient des mesures répressives.

3. Le Groupe spécial ne devrait pas examiner les nouvelles obligations que les États-Unis voudraient imposer à la Chine

33. Lorsqu'il examinera le point de savoir si la Chine a mis en œuvre l'obligation légitime qui lui était faite d'établir des lois pénales appropriées, le Groupe spécial ne devrait pas tenir compte des obligations sans fondement que les États-Unis cherchent à imposer à la Chine. Premièrement, la Chine n'a pas l'obligation de prendre en considération l'incidence commerciale d'une atteinte aux droits. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, des moyens pénaux de faire respecter les droits sont requis si l'activité portant atteinte à un droit est menée à une échelle commerciale, pas si l'incidence de cette activité est à l'échelle commerciale.

34. Deuxièmement, la Chine n'a pas pour obligation d'assouplir ni de modifier ses critères en matière de preuve. Les États-Unis prétendent que les seuils d'infraction pénale sont trop élevés parce qu'il se peut que les autorités chinoises n'aient pas toujours accès aux éléments de preuve de l'existence d'une violation – tels que le volume des marchandises stockées dans des entrepôts ou déjà vendues. En fait, la Chine respecte pleinement son obligation au titre de l'Accord sur les ADPIC en prévoyant un critère "échelle commerciale" raisonnable pour l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales. L'Accord sur les ADPIC impose une obligation légale de fond et la Chine la respecte. Les procédures en matière de preuve que la Chine emploie pour déterminer si certaines violations sont commises à une échelle commerciale ou non n'ont pas de pertinence juridique.

E. LA CHINE SATISFAIT À SES OBLIGATIONS AU TITRE DE LA DEUXIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 61 ET DE L'ARTICLE 41:1, QUI CONSISTENT À PRÉVOIR DES MESURES CORRECTIVES ET DES PROCÉDURES CONFORMÉMENT À LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 61

35. Les États-Unis font valoir que la Chine contrevient aussi aux dispositions de la deuxième phrase de l'article 61 et de l'article 41:1. Toutefois, ces deux dispositions sont subordonnées à celles de la première phrase de l'article 61. À moins que les États-Unis ne puissent démontrer que la Chine manque à ses obligations au titre de la première phrase de l'article 61, ils ne peuvent pas démontrer que la Chine manque aussi à ses obligations au titre de la deuxième phrase de l'article 61 et de l'article 41:1. Étant donné qu'ils ne sont pas parvenus à le faire dans le premier cas, ils n'y parviennent pas non plus dans le second.

III. LES MESURES DE LA CHINE CONCERNANT LA DISPOSITION DES MARCHANDISES CONTREFAITES SAISIES PAR LES DOUANES SONT COMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

36. Dans leur deuxième allégation, les États-Unis allèguent que le cadre légal dans lequel opèrent les douanes chinoises en ce qui concerne les marchandises contrefaites qui sont saisies est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. En particulier, ils prétendent que les douanes chinoises n'ont pas le pouvoir d'ordonner la mise hors circuits commerciaux des marchandises contrefaites de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ("pouvoir de mise hors circuit"), ni celui d'ordonner la destruction de ces marchandises ("pouvoir de destruction"). L'argument des États-Unis est fondé, en partie, sur une conception erronée du droit chinois en ce qui concerne la disposition des marchandises contrefaites et, en partie, sur la prémisse erronée selon laquelle les douanes chinoises n'ont pas le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites si la destruction n'est pas le moyen de disposition privilégié des pouvoirs publics.

37. La Chine respecte pleinement ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC: les douanes chinoises disposent du pouvoir requis en matière de mise hors circuit, étant donné qu'elles sont habilitées à la fois à donner les marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale et à les

vendre aux détenteurs des droits. Les douanes chinoises disposent aussi du pouvoir de destruction, comme en témoigne leur pouvoir discrétionnaire de déterminer si des marchandises contrefaites réunissent les conditions voulues pour être détruites. La Chine note que, s'il exige que les douanes chinoises aient un pouvoir de disposition approprié, l'Accord sur les ADPIC ne les oblige pas à avoir recours uniquement aux moyens prévus dans l'Accord pour s'occuper des marchandises contrefaites.

A. DISPOSITION DES MARCHANDISES CONTREFAITES PAR LES DOUANES CHINOISES

38. La Chine expose en détail les quatre méthodes de disposition auxquelles peut avoir recours l'Administration générale des douanes de la République populaire de Chine (les "douanes") en vertu du droit chinois. Premièrement, les douanes ont le pouvoir de faire don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale, si elles déterminent que les marchandises sont adaptées à cette fin et ne présentent pas de risques pour la santé ou la sécurité; les douanes sont tenues légalement de veiller à ce que les marchandises données soient utilisées exclusivement par des organismes d'aide sociale et uniquement à des fins d'aide sociale. Deuxièmement, les douanes ont la faculté de vendre les marchandises contrefaites aux détenteurs des droits. Les détenteurs des droits peuvent choisir d'acheter les marchandises contrefaites lorsque, par exemple, il est déterminé que les marchandises saisies sont des excédents produits illégalement par un fabricant titulaire de licence et que, par conséquent, elles sont identiques aux marchandises sous licence. Troisièmement, les douanes sont habilitées à vendre aux enchères les marchandises contrefaites, si elles ont décidé qu'il n'était pas possible d'avoir recours aux deux premiers moyens de disposition, qu'elles ont formellement sollicité des observations aux détenteurs des droits, qu'elles ont déterminé que les marchandises ne présentaient pas de risques pour la santé ou la sécurité, qu'elles ont conclu que la vente aux enchères était avantageuse et qu'elles ont retiré tous les éléments portant atteinte aux droits. Enfin, elles ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites, si elles ont déterminé qu'il n'est pas possible d'avoir recours aux autres moyens de disposition.

B. LA CHINE SE CONFORME À L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC PARCE QU'ELLE ACCORDE À LA FOIS UN POUVOIR DE MISE HORS CIRCUIT ET UN POUVOIR DE DESTRUCTION

39. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC (qui incorpore la première phrase de l'article 46) exige que les douanes chinoises soient habilitées à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient "écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou ... détruites".

40. L'article 59 n'exige pas que la Chine circonscrive les moyens de disposition auxquels les douanes peuvent avoir recours à la mise hors circuits commerciaux et à la destruction. Les douanes doivent être habilitées à avoir recours à ces deux moyens, mais l'article 59 ne leur fait pas obligation de s'y limiter. Le critère de conformité avec l'article 59 est que, premièrement, les douanes doivent être habilitées à écarter des circuits commerciaux les marchandises portant atteinte à un droit de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit et, deuxièmement, les douanes doivent avoir le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, les douanes chinoises possèdent à la fois le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction.

1. Les douanes chinoises sont habilitées à écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaites tout en évitant que les intérêts du détenteur du droit ne soient lésés

41. Les douanes chinoises ont le pouvoir d'ordonner que les marchandises contrefaites soient "écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit", en vertu du pouvoir qu'elles ont de vendre les marchandises contrefaites aux détenteurs des droits et, par ailleurs, en vertu du pouvoir qu'elles ont de faire don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale. Dans un cas comme dans l'autre, les douanes ont le pouvoir d'écarter du

marché libre les marchandises contrefaites tout en tenant dûment compte des intérêts des détenteurs des droits.

2. Les douanes chinoises ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites

42. Les douanes chinoises ont le pouvoir d'ordonner la destruction des marchandises portant atteinte à des droits, comme le prévoit l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, lui-même incorporé dans l'article 59. Le droit chinois prévoit des critères concernant la disposition des marchandises contrefaites par les douanes. Ces critères traduisent une préférence officielle pour le recours à d'autres moyens de disposition, mais les douanes ont légalement la compétence discrétionnaire de déterminer si les critères sont remplis et, par conséquent, de décider du moyen de disposition approprié.

43. Il ressort clairement de la première communication écrite des États-Unis elle-même, ainsi que de la pratique des États-Unis et d'autres Membres, que ce "pouvoir" n'a jamais censé être absolu et inconditionnel. La hiérarchisation des moyens de disposition, de pair avec la compétence discrétionnaire dont jouissent les douanes pour déterminer si les critères pertinents sont remplis, est compatible avec l'octroi du pouvoir de destruction.

44. En effet, les douanes ont décidé de détruire 58 pour cent de la valeur totale des marchandises contrefaites entre 2005 et 2007. C'est une preuve matérielle que la prétendue hiérarchie dans les options de disposition n'empêche pas les douanes d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites.

C. LA VENTE AUX ENCHÈRES PAR LES DOUANES CHINOISES EST PARFAITEMENT COMPATIBLE AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

45. Les États-Unis allèguent que la vente aux enchères de marchandises contrefaites par les douanes chinoises contrevient à l'article 59. Si l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC exige que les douanes disposent à la fois d'un pouvoir de mise hors circuit et d'un pouvoir de destruction, il ne leur enjoint pas de se limiter à ces deux moyens de disposition. L'Accord sur les ADPIC n'interdit pas le recours à la vente aux enchères. Ce moyen de disposition intervient pour 2 pour cent seulement de la valeur totale des marchandises contrefaites.

1. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC n'oblige pas les Membres à circonscrire la disposition des marchandises contrefaites à la mise hors circuit commercial ou à la destruction

46. Le sens courant de l'expression "être habilité", la pratique des Membres en ce qui concerne la disposition des marchandises contrefaites et l'historique de la négociation de l'article 59 mettent tous en évidence le fait que, même si les Membres doivent accorder à leurs services douaniers à la fois le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction, ils ne sont aucunement tenus de limiter leur action à la mise hors circuits commerciaux et à la destruction. Le pouvoir qu'ont les douanes de vendre aux enchères les marchandises contrefaites est parfaitement compatible avec l'article 59.

2. La vente aux enchères est compatible avec les principes directeurs des articles 46 et 59

47. Les deux principes énoncés dans l'article 46 (et, par conséquent, dans l'article 59) sont les suivants: "créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits" et "éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". La vente aux enchères est compatible avec ces deux principes. Premièrement, les contrevenants dont les marchandises sont vendues aux enchères se retrouvent exactement dans la même situation que si les marchandises avaient été détruites: dans les deux cas, les contrevenants perdent les marchandises sans aucune compensation. En outre, le fait que les douanes fixent un prix de réserve dans les enchères fait que les contrevenants n'ont pas la possibilité

d'acheter les marchandises saisies à un prix déraisonnablement bas, ni de les utiliser pour poursuivre leur activité de contrefaçon. Deuxièmement, les détenteurs de droits ont légalement le droit formel de formuler des observations avant toute mise aux enchères; cette procédure aide les douanes à déterminer s'il convient ou non de vendre une marchandise aux enchères et contribue ainsi à éviter qu'un préjudice ne soit causé aux détenteurs des droits.

D. LA CHINE S'ACQUITTE DE TOUTE OBLIGATION LÉGALE RÉSULTANT DE LA QUATRIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 46 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

48. Les États-Unis soutiennent que la Chine contrevient aussi à l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où les ventes aux enchères auxquelles procèdent les douanes – l'un des quatre moyens de disposition possibles – "sont incompatibles avec le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46". Même s'il semble que les États-Unis présentent deux versions différentes de cet argument, aucun des deux n'est crédible.

49. Si les États-Unis prétendent, comme ils le font dans l'"introduction" de leur première communication écrite, que la quatrième phrase de l'article 46 signifie que les douanes doivent avoir le pouvoir de faire en sorte que les marchandises contrefaites restent en dehors des circuits commerciaux, il est démontré dans les sections qui précèdent que les douanes disposent de ce pouvoir.

50. Si les États-Unis prétendent que la quatrième phrase de l'article 46 interdit de réintroduire des marchandises de marque contrefaites dans les circuits commerciaux, alors ils ne démontrent pas que la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59 (et, par conséquent, qu'elle impose une obligation aux douanes), et ils ne démontrent pas non plus que les douanes ont manqué à l'obligation qui leur est faite dans la première phrase de l'article 46.

1. La quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59 et, par conséquent, elle ne s'applique pas aux douanes chinoises

51. Le texte même de l'Accord sur les ADPIC indique que la quatrième phrase de l'article 46 ne s'applique pas à l'article 59. Les parties à l'Accord sur les ADPIC ont pris en considération le traitement par les autorités douanières des marchandises de marque contrefaites et l'ont abordé expressément dans l'article 59. Si elles avaient voulu qu'il y ait d'autres obligations, elles les auraient énoncées à cet endroit.

2. Si la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59 et impose effectivement une obligation indépendante, la Chine est en situation de conformité

52. Même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée à tort comme imposant une obligation indépendante aux autorités douanières, les douanes chinoises satisferaient à cette obligation.

53. Premièrement, les douanes chinoises sont tenues de retirer tous les éléments contrefaits apposés sur les marchandises saisies, pas seulement les marques de commerce. Deuxièmement, en plus de retirer la marque de commerce, les autorités douanières doivent demander formellement au détenteur du droit de formuler des observations. La présentation formelle d'observations est une étape utile, qui permet aux détenteurs des droits d'exposer leurs préoccupations particulières – telles que les dangers que les marchandises peuvent présenter, ou la présence d'éléments de conception exclusifs qui ne peuvent pas être retirés – et permet aux douanes de déterminer qu'il ne serait pas opportun de procéder à une vente aux enchères. Les douanes ont légalement la compétence discrétionnaire de décider de ne pas procéder à une vente aux enchères après avoir consulté les détenteurs des droits.

IV. LES MESURES DE LA CHINE VISANT À PROTÉGER ET À FAIRE RESPECTER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. APERÇU GÉNÉRAL

54. La Chine a instauré des procédures d'examen et d'autorisation par les pouvoirs publics en ce qui concerne la publication et la distribution en Chine d'un certain nombre d'œuvres, y compris les films et les DVD. D'une façon générale, une œuvre visée par ces procédures ne peut être publiée ou distribuée que si l'autorisation requise est obtenue. Les États-Unis ne s'opposent pas à l'existence de ces procédures, et ils ne pourraient pas le faire non plus. Ce droit souverain est un pouvoir inhérent au domaine réservé, reconnu par le droit international, comme l'indique l'article 17 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la "Convention de Berne"), et expressément incorporé dans la structure de l'Accord sur l'OMC au moyen de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

55. La troisième allégation des États-Unis, qui porte sur ces mécanismes, résulte d'une conception fondamentalement erronée du droit chinois.

56. Premièrement, la majeure partie de l'allégation des États-Unis repose sur l'idée erronée que les œuvres dont les pouvoirs publics n'ont pas fini d'examiner le contenu, y compris celles qui n'ont pas encore été soumises à l'examen et celles en instance d'examen, ne bénéficient pas de la protection conférée par le droit d'auteur. Cette protection ne leur est pas refusée. Le droit chinois protège le droit d'auteur à partir du moment où l'œuvre est créée. L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine (la "Loi sur le droit d'auteur"), dont il n'est pas fait mention dans la première communication écrite des États-Unis, protège pleinement le droit d'auteur, aussi bien avant que pendant l'examen à des fins d'autorisation. Il le fait en incorporant expressément dans la loi chinoise les droits conférés par les accords internationaux, y compris la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC.

57. Deuxièmement, les États-Unis affirment que les œuvres dont le contenu n'est pas approuvé ne sont pas protégées par le droit d'auteur, en application de l'article 4(1). Cela est également faux. La procédure d'examen du contenu est appliquée indépendamment de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. S'il est constaté à l'issue de la procédure d'examen que le contenu de l'œuvre est interdit, cela n'aboutit qu'au refus d'accorder l'autorisation de publier. Une telle constatation ne conduit pas au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur et, à la connaissance de la Chine, une constatation établie à l'issue d'une procédure d'examen du contenu n'a jamais abouti au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur. C'est pour cette raison que le reste de l'allégation des États-Unis est sans fondement.

B. L'ALLÉGATION DES ÉTATS-UNIS REPOSE SUR UNE CONCEPTION ERRONÉE DU DROIT CHINOIS

1. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, en vertu du droit chinois, les œuvres sont protégées par le droit d'auteur dès leur création, et cela ne dépend pas de l'examen de leur contenu

58. Même si la publication de certains types d'œuvres en Chine est subordonnée à l'examen de leur contenu, la protection du droit d'auteur leur est conférée dès leur création et est indépendante de leur publication. Lorsque ces œuvres sont en instance d'examen, elles bénéficient pleinement de la protection conférée par le droit d'auteur.

59. En vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, les auteurs étrangers ressortissants d'États ayant accédé à l'Accord sur les ADPIC bénéficient automatiquement de la protection conférée par le

droit d'auteur dès l'achèvement d'une œuvre, tout comme n'importe quel citoyen chinois. Cette protection vaut également pour les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen et pour celles qui sont en instance d'examen et, à vrai dire, que l'œuvre soit officiellement publiée en Chine ou pas. L'affirmation des États-Unis selon laquelle la protection du droit d'auteur est subordonnée d'une manière ou d'une autre à l'examen de son contenu est tout simplement fausse d'un point de vue légal.

2. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, l'interdiction de publier pouvant résulter de l'examen du contenu n'est pas privative du droit d'auteur

60. La deuxième erreur de principe des États-Unis réside dans leur affirmation concernant l'effet juridique du refus d'accorder l'autorisation de publier ou de distribuer une œuvre. Les États-Unis affirment que ce refus conduit aussi au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur, en application de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. En fait, il n'en est rien. La procédure d'examen du contenu est indépendante de l'article 4(1); s'il est constaté à l'issue de cette procédure que le contenu est interdit, cela n'a pour effet que d'interdire la publication. Rien ne conduit à refuser d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur.

61. L'examen du contenu, d'une part, et l'application des lois relatives au droit d'auteur, d'autre part, sont des procédures distinctes et indépendantes. L'examen du contenu est effectué par des organismes administratifs relevant du Conseil des affaires de l'État, et non pas par des tribunaux. En revanche, c'est le système judiciaire chinois et l'Administration nationale du droit d'auteur de la Chine (la "NCAC") et ses agences locales qui font respecter le droit d'auteur. Aucun des organismes chargés de faire respecter le droit d'auteur n'est lié par les constatations de l'organisme administratif établies dans le cadre des procédures d'examen du contenu.

62. Les États-Unis essaient à tort d'établir un lien entre l'octroi du droit d'auteur et le fait d'avoir passé l'examen avec succès. Mais ce qui est obtenu à l'issue de l'examen du contenu est une autorisation de distribuer, non l'octroi du droit d'auteur. En vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine, et conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne, le droit d'auteur est octroyé automatiquement et n'est subordonné à aucune formalité administrative.

63. L'examen du contenu est une procédure indépendante qui est sans rapport avec la première et qui ne permet pas de déterminer si une œuvre est protégée par le droit d'auteur.

C. LA CHINE PROTÈGE LE DROIT D'AUTEUR INDÉPENDAMMENT DES PROCÉDURES D'EXAMEN DU CONTENU

64. Les États-Unis tirent quatre conclusions de leur interprétation erronée du droit chinois. Ils allèguent que la Chine ne protège pas le droit d'auteur en ce qui concerne: 1) les œuvres dont le contenu n'a pas été soumis à l'examen, 2) les œuvres dont le contenu est en instance d'examen, 3) les versions non révisées d'œuvres qui ont été révisées pour que leur contenu passe l'examen avec succès, et 4) les œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen. En réalité, aucune de ces affirmations n'est correcte. En fait, la Chine protège les œuvres, indépendamment de leur statut à l'issue de l'examen du contenu.

1. Le droit de la Chine de procéder à un examen du contenu n'est pas remis en question

65. Les États-Unis ne contestent pas le droit qu'a la Chine de procéder à un examen du contenu; pareille contestation serait vouée à l'échec. Le droit souverain qu'ont les gouvernements de réglementer et même d'interdire le contenu d'œuvres justifie clairement les mécanismes d'examen du contenu mis en place par la Chine.

66. L'article 17 de la Convention de Berne dispose ce qui suit:

> "Les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production ..."

67. Ainsi, tous les droits conférés aux auteurs en vertu de la Convention de Berne sont limités par l'article 17 de cette même convention. Le sens courant de l'article 17 et des commentaires officiels de l'OMPI, ainsi que de tout traité à ce sujet, étaye ce point de vue, comme cela est reconnu dans l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui reprend l'article 17 de la Convention de Berne.

68. En outre, le pouvoir de protéger le bien-être public est inextricablement lié et intrinsèque à la souveraineté. L'article 17 de la Convention de Berne ne codifie pas de façon exhaustive le droit souverain de censurer, mais fait plutôt simplement état de ce pouvoir, en indiquant que les dispositions de la Convention ne sauraient limiter ce privilège souverain d'une quelconque façon.

2. La Chine protège le droit d'auteur dont bénéficient les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen et celles dont le contenu est en instance d'examen

69. Les deux premiers points de la contestation élevée par les États-Unis concernent des œuvres dont le contenu n'a pas été soumis à l'examen et des œuvres dont le contenu est en instance d'examen.

70. Une œuvre bénéficie du droit d'auteur avant que toute considération relative aux procédures d'examen du contenu n'entre en compte, et sans attendre l'issue de ces procédures. Le bien-fondé de cette conclusion est démontré non seulement par l'analyse juridique, mais aussi par l'usage en Chine.

71. La Chine présente des cas concrets qui démontrent que son droit est appliqué d'une manière non équivoque de façon à ce que bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur les œuvres dont le contenu est en instance d'examen, les œuvres dont le contenu n'a pas encore été soumis à l'examen et les œuvres dont le contenu n'a pas besoin d'être examiné.

72. La Chine note que la première communication écrite des États-Unis ne comporte ni une analyse juridique, ni des exemples valables qui étayeraient leur allégation selon laquelle les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen ou qui sont actuellement en instance d'examen ne bénéficieraient pas de la protection conférée par le droit d'auteur. À l'inverse, la Chine a fourni les deux.

3. Les versions non révisées d'œuvres qui ont été révisées lors de l'examen du contenu et les œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen bénéficient en Chine de la protection conférée par le droit d'auteur

73. Les troisième et quatrième éléments de l'allégation des États-Unis sont que la version non révisée des œuvres dont il est constaté, dans le cadre de la procédure d'examen à des fins de publication, que le contenu est interdit, et que les œuvres dont le contenu est refusé à l'issue de la procédure d'examen, ne bénéficient pas de la protection conférée par le droit d'auteur.

74. Aucune des deux allégations des États-Unis n'est correcte. Au contraire, la Chine démontre, dans le cas des films par exemple, que les œuvres dont le contenu est refusé à l'issue de l'examen, les œuvres qui ont été révisées pour que leur contenu passe l'examen avec succès et celles qui n'ont pas été examinées sont toutes protégées par des actions engagées par la NCAC pour assurer le respect du droit d'auteur.

75. Les États-Unis n'ont pas fourni la moindre analyse juridique à l'appui de leur interprétation du droit chinois, et ils n'ont pas non plus donné le moindre exemple de version non révisée ou d'œuvre dont le contenu avait été rejeté à l'issue de l'examen qui ne bénéficiait pas de la protection conférée par le droit d'auteur. Les États-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial un seul exemple d'affaire dans laquelle un défendeur contre lequel une action avait été engagée pour violation du droit d'auteur ait invoqué avec succès un moyen de défense selon lequel l'œuvre ne bénéficiait pas de la protection conférée par le droit d'auteur parce que son contenu avait été refusé à l'issue de la procédure d'examen. La Chine fait observer que sa Cour populaire suprême n'a connaissance d'aucune affaire dans laquelle pareil moyen de défense aurait été invoqué avec succès.

D. ÉTANT DONNÉ QU'ELLE PROTÈGE LE DROIT D'AUTEUR DANS LES CAS ALLÉGUÉS PAR LES ÉTATS-UNIS, LA CHINE NE MANQUE PAS À SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

76. Dans l'ensemble de la deuxième partie de leur argumentation au sujet de leur troisième allégation, les États-Unis exposent de façon détaillée les prétendus droits internationaux dont ils seraient privés parce que la Chine ne protégerait pas le droit d'auteur. Comme il a été démontré plus haut, les allégations des États-Unis relatives au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur sont fausses, étant donné qu'elles reposent sur un grave malentendu concernant le droit chinois. Puisque cette protection n'est pas refusée, aucun des droits énumérés dans la deuxième partie de l'argumentation des États-Unis n'a en fait été violé.

77. Dans les paragraphes 215 à 219 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que le refus, au titre de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur revient à "priver" une catégorie d'œuvres de la jouissance du droit d'auteur, et que ce refus revient à nier certains droits énoncés dans ces paragraphes qui sont conférés aux auteurs par la Convention de Berne. Cette allégation ne résiste pas à l'argument présenté par la Chine dans sa première communication écrite, qui démontre que l'article 4(1) n'est tout simplement pas appliqué de la façon alléguée par les États-Unis. La Chine soutient que l'allégation des États-Unis est sans fondement en raison de la totale mécompréhension du droit chinois à cet égard. En outre, la Chine note que, dans la mesure où l'article 4(1), indépendamment de la procédure d'examen du contenu, pourrait avoir pour effet de priver de la jouissance du droit d'auteur une œuvre dont un tribunal a constaté qu'elle était "interdite par la loi" – argument dont les États-Unis n'ont pas essayé d'établir le bien-fondé – cette interdiction serait autorisée par l'article 17 de la Convention de Berne. Le refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur en pareil cas, c'est-à-dire le fait de retirer à un auteur le droit de limiter la diffusion et l'utilisation d'une œuvre dont la diffusion est complètement interdite, est sans objet d'un point de vue juridique et matériel. Les droits économiques accordés aux auteurs et aux artistes en vertu de la Convention de Berne équivalent à un droit personnel de censure – droits qui sont rendus caducs lorsqu'une interdiction publique expressément autorisée par l'article 17 de la Convention de Berne intervient par la suite. Les États-Unis n'ont pas démontré que le fait de ne pas accorder à ces œuvres la jouissance du droit d'auteur limitait davantage les éventuels droits des auteurs après l'acte d'interdiction lui-même.

78. Aux paragraphes 220 à 225 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que la procédure d'examen du contenu impose une "formalité" prohibée en ce qui concerne l'octroi du droit d'auteur. Cette affirmation ne résiste pas à l'argument présenté par la Chine dans sa première communication écrite, qui démontre que la reconnaissance du droit d'auteur n'est pas subordonnée en fait à l'achèvement d'une procédure d'examen du contenu et, par conséquent, qu'aucune formalité n'est imposée.

79. Aux paragraphes 232 à 243 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que la Chine ne dispose pas de procédures destinées à faire respecter les droits dans les cas où la jouissance du droit d'auteur n'est pas accordée. Cette allégation est elle aussi sans fondement au

regard des arguments présentés par la Chine, lesquels montrent qu'il n'y a pas en fait privation du droit d'auteur, comme l'allèguent les États-Unis.

E. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS FOURNI D'ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* À L'APPUI NI DE LEURS ALLÉGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL, NI DE LEURS ALLÉGATIONS RELATIVES AUX DROITS CONNEXES ET, PAR CONSÉQUENT, LE GROUPE SPÉCIAL DEVRAIT ÉTABLIR UNE CONSTATATION EN FAVEUR DE LA CHINE EN CE QUI CONCERNE CES QUESTIONS

80. Les États-Unis, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, ont allégué un certain nombre de violations du principe du traitement national, qui sont subsidiaires à leurs allégations principales selon lesquelles l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur n'accorde pas le droit d'auteur, en violation de l'Accord sur les ADPIC. De même, les États-Unis, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, ont aussi allégué, de nouveau à titre subsidiaire, que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur pouvait priver les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes des droits connexes, en violation de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC.

81. Les États-Unis, dans leur première communication écrite, n'ont pas fourni d'éléments *prima facie* à l'appui ni de leurs allégations relatives au traitement national, ni de leurs allégations relatives aux droits connexes. La Chine estime qu'au vu de ce fait, le Groupe spécial devrait se prononcer en faveur de la Chine en ce qui concerne chacune de ces allégations.

1. L'Organe d'appel a dit à de nombreuses reprises et sans ambiguïté que la charge de la preuve initiale lors de l'établissement d'éléments *prima facie* incombait à la partie plaignante

82. L'Organe d'appel a été appelé à plusieurs reprises à clarifier la charge de la preuve dans le cadre des procédures de règlement des différends à l'OMC. À chacune de ces occasions, il a confirmé que la charge de prouver qu'une loi d'un Membre n'était pas conforme aux obligations de celui-ci dans le cadre de l'OMC incombait entièrement à la partie plaignante. La partie plaignante doit à la fois dûment faire valoir ses prétentions et établir le bien-fondé de son allégation. À défaut d'éléments de preuve suffisants, le défendeur n'a à s'acquitter d'aucune charge.

2. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait

83. La Chine estime que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations relatives au traitement national et aux droits connexes formulées par les États-Unis.

84. S'agissant des violations alléguées des droits connexes au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve et n'ont même pas fait valoir correctement leurs allégations. Les États-Unis l'admettent dans leur communication.

85. S'agissant des arguments relatifs au traitement national, les États-Unis, dans leur première communication écrite, ont négligé de faire valoir une quelconque prétention et ils semblent donc avoir renoncé à ces allégations.

86. Étant donné que les États-Unis n'ont pas fourni d'éléments *prima facie*, la Chine demande que le Groupe spécial se prononce contre les États-Unis, et qu'il constate que ceux-ci n'ont pas établi que les mesures de la Chine contrevenaient à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC, ni qu'elles avaient pour effet de ne pas accorder le traitement national.

87. Enfin, la Chine fait remarquer que même si les États-Unis ont énuméré un grand nombre de mesures distinctes dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, il semble que, dans leur première communication écrite, ils n'aient cherché à faire valoir des arguments qu'en ce qui concerne

cinq de ces mesures seulement. Par conséquent, la Chine demande que le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas fourni d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les mesures restantes et, pour ce qui est de la procédure, qu'ils n'ont pas établi l'existence d'une quelconque violation de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne: le Règlement sur l'administration de la radiodiffusion; le Règlement sur l'administration des télécommunications; les Mesures relatives à l'administration des importations de produits audio et vidéo; les Procédures d'examen et d'approbation de la publication de publications électroniques finies faisant l'objet d'une licence concédée par un titulaire étranger du droit d'auteur; les Procédures d'examen et d'approbation de l'importation de publications électroniques finies par des entités importatrices de publications électroniques; les Procédures d'enregistrement des publications importées; le Règlement intérimaire sur l'administration de la culture Internet; et divers Avis sur le développement et la réglementation de la musique sur réseau.

V. CONCLUSION

88. Pour les raisons exposées dans la présente communication, la Chine demande que le Groupe spécial constate que ses mesures sont compatibles avec ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. La Chine soutient que les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait en ce qui concerne bon nombre des mesures de la Chine, et qu'ils n'ont pas démontré que l'une quelconque des mesures de la Chine n'était pas en conformité avec ses obligations.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Merci, Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial. Les États-Unis ont avancé dans la présente affaire des thèses juridiques qui sont erronées au plus haut point et n'ont pas grand-chose à voir avec le marché de la propriété intellectuelle. La Chine prie instamment le Groupe spécial de rejeter toutes les allégations des États-Unis.

2. Pour la Chine, ce n'est pas seulement une poignée de lois internes qui est en cause dans le présent différend – encore que cet aspect, bien entendu, soit extrêmement important. Au-delà cependant, la Chine est convaincue que l'équilibre des droits et obligations réalisé dans l'Accord sur les ADPIC est aussi dans une très large mesure mis en jeu dans ce différend.

3. Les pays en développement ont déclaré à maintes reprises et avec force qu'ils accepteraient les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC à la condition – et uniquement à cette condition – qu'il soit dûment tenu compte de leurs normes, de leurs régimes juridiques et du caractère limité de leurs ressources. Les États-Unis cependant voudraient faire comme si de rien n'était. Refuser délibérément de prêter attention à toutes ces objections soulevées de manière claire par les Membres en développement ne serait pas rendre service à la communauté de l'OMC à l'heure où celle-ci cherche à négocier les Accords de Doha.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

4. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, permettez-moi d'examiner la première allégation des États-Unis. Cette première allégation est que le droit pénal de la Chine n'est pas conforme à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Celui-ci dispose ce qui suit: "Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale."

5. Il est demandé au Groupe spécial de donner à la formule générale "échelle commerciale" une interprétation très stricte. La Chine prie le Groupe spécial d'examiner la question avec soin, compte tenu des règles traditionnelles d'interprétation qui tiennent compte du fait que les pays ne renoncent pas facilement à des pouvoirs souverains. En particulier, la Chine prie le Groupe spécial de se demander si les États-Unis lui ont fourni une base suffisante pour considérer que les parties entendaient l'expression "échelle commerciale" comme imposant un critère strict en droit pénal.

6. Le droit chinois définit les délits économiques en fonction d'un seuil: les activités illicites dont l'envergure excède une certaine échelle sont passibles de sanctions pénales. La Chine a fixé les seuils applicables aux délits contre la propriété intellectuelle au même niveau que ceux qu'elle applique aux délits commerciaux comparables.

7. Le système chinois présente deux caractéristiques très particulières qui influent sur la manière dont ces seuils sont fixés. Premièrement, les particuliers ont en Chine le droit d'engager des actions pénales. Il en résulte que le seuil est extrêmement important du point de vue de l'économie des ressources consacrées à la répression pénale. Deuxièmement, la Chine applique parallèlement à son régime pénal un régime de répression administrative qui ne semble pas avoir son pendant dans les pays occidentaux. Par ce régime de répression administrative, les autorités chinoises peuvent frapper

rapidement et efficacement les activités de contrefaçon, quelle que soit leur échelle. Les petits contrevenants n'ont pas un "bouclier" leur assurant l'impunité, ils sont passibles de sanctions administratives rigoureuses. Ces petits contrevenants ne valent simplement pas la peine qu'on engage contre eux des procédures pénales infiniment plus longues et plus coûteuses.

8. Les États-Unis interprètent "échelle commerciale" comme signifiant intention commerciale et s'appliquant à toute activité entreprise à des fins lucratives. C'est une erreur grave. Les négociateurs ont expressément rejeté le critère de l'intention commerciale lorsque celui-ci a été présenté au cours des négociations. Rares sont les tierces parties qui approuvent la définition des États-Unis.

9. L'interprétation des États-Unis ne correspond pas au sens ordinaire des mots "échelle commerciale". Les États-Unis ne cherchent jamais vraiment à comprendre le sens ordinaire de cette locution "échelle commerciale", et s'attachent au lieu de cela à additionner les sens que donne le dictionnaire des mots "commerciale" et "échelle".

10. Le Comité de l'OMPI a indiqué clairement que l'"échelle commerciale" est un critère large qui devrait dépendre de multiples facteurs et circonstances locales, et qui ne détermine pas un seuil rigide et défini d'activité. Les mots "échelle commerciale" renvoient à une activité d'une ampleur considérable, et ils étaient censés couvrir les cas dans lesquels la "fabrication" des marchandises contrefaites aurait un caractère délictueux. Cela contredit directement la thèse des États-Unis. "Échelle commerciale" ne s'applique pas à n'importe quelle activité entreprise dans un but lucratif. "La volonté de réaliser des bénéfices" n'est qu'un parmi plusieurs facteurs à prendre en considération.

11. Tel est le sens ordinaire de l'expression "'échelle commerciale": elle évoque l'ampleur d'une activité. C'est un critère large, qui n'est pas précisément défini. Il permet à chaque Membre de fixer un critère correspondant à son propre régime juridique et à sa propre réalité économique.

12. C'est ce même sens que l'on retrouve dans des documents anciens du GATT – et aussi d'ailleurs dans des lois des États-Unis. C'est le sens que les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC avaient à l'esprit lorsqu'ils se sont demandé s'il fallait adopter un critère d'"échelle commerciale" et qu'ils ont rejeté le simple critère d'activité "commerciale".

13. La Chine relève que les États-Unis et les tierces parties ont proposé des définitions extrêmement divergentes de l'"échelle commerciale". Chaque partie proclame que son interprétation de l'expression est la bonne. Mais la grande diversité des sens montre en elle-même que "échelle commerciale" ne correspond pas à un critère spécifique. C'est un critère vague et susceptible d'interprétation.

14. L'Organe d'appel a décidé que, si un terme est vague ou ambigu, le Groupe spécial doit adopter l'interprétation qui est la moins contraignante et qui porte le moins atteinte à la souveraineté du pays. L'article 61 porte sur le droit pénal interne des Membres – qui est au cœur même de la souveraineté nationale. Dans ce domaine plus que dans tout autre, l'Organe d'appel doit se garder de présumer facilement que les Membres entendaient retenir le sens le plus lourd de conséquences, le plus intrusif.

15. La Chine tient aussi à souligner le rôle contextuel particulier de l'article 1:1 et de l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Au cours des négociations du Cycle d'Uruguay, les pays en développement ont élevé des objections énergiques contre l'idée d'inclure de nouvelles obligations en matière de mesures correctives qui imposeraient des normes rigides et perdraient de vue les principes de la souveraineté. Les pays en développement ont réussi, contre l'opposition des États-Unis et d'autres Membres, à faire inclure dans l'Accord l'article 1:1 et l'article 41:5.

16. Le présent différend donne pour la première fois à l'OMC l'occasion d'interpréter les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Il est demandé au Groupe spécial d'interpréter ces dispositions comme si elles n'avaient guère ou pas du tout d'effet; la Chine prie instamment le Groupe spécial de tenir compte de l'équilibre politique qui a conduit à l'incorporation de ces dispositions. Elle n'essaie pas de se soustraire à ses obligations, mais elle prie le Groupe spécial d'examiner si les États-Unis lui ont donné des raisons de constater que ces dispositions n'ont guère de sens, ou pas de sens du tout.

17. Ces dispositions constituent le contexte de l'article 61. On ne saurait interpréter l'Accord sur les ADPIC d'une manière qui oblige un Membre à dénaturer son système juridique ou à consacrer davantage de ressources aux mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle qu'à celles qui ont pour but de faire respecter la loi en général.

18. La conclusion devrait être claire. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que la Chine doit prendre des mesures pénales pour lutter contre les actes de contrefaçon et de piratage d'une certaine ampleur. Il permet à la Chine de définir raisonnablement cette ampleur, dans le cadre de ses structures juridiques internes et de ses ressources. C'est précisément ce qu'a fait la Chine. La Chine a fixé des seuils d'infraction pénale en matière de propriété intellectuelle à une faible échelle commerciale, d'une manière conforme avec les seuils qu'elle a fixés dans toutes les autres branches du droit pénal commercial.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

19. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, permettez-moi de passer maintenant à la deuxième allégation des États-Unis. Les États-Unis allèguent que, selon le droit chinois, les services des douanes disposent des marchandises contrefaites, après leur saisie, d'une manière qui est incompatible avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC. Cette allégation est elle aussi dépourvue de fondement.

20. Pris ensemble, les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC font obligation aux Membres d'habiliter leurs autorités douanières à écarter les marchandises des circuits commerciaux, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, ou à détruire ces marchandises.

21. Les douanes chinoises sont habilitées à mettre les marchandises hors circuit de deux manières différentes: en les donnant à des organismes d'aide sociale ou bien en les vendant au détenteur des droits si celui-ci le souhaite. L'argumentation des États-Unis repose sur la question de savoir si ces procédures sont menées de manière à éviter qu'il soit porté préjudice au détenteur des droits.

22. Alors que les États-Unis laissent entendre à diverses reprises que les dons de la Chine à des organismes caritatifs comportent des risques, ils ne citent pas dans leur communication écrite un seul cas dans lequel le don d'une marchandise contrefaite aurait lésé un détenteur de droits. Les éléments de preuve dont est saisi le Groupe spécial montrent que les douanes chinoises font effectivement don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale sans qu'il en résulte un préjudice pour les détenteurs de droits.

23. Dans le cadre de la vente des marchandises contrefaites au titulaire du droit – cas beaucoup moins fréquent que celui du don – le détenteur est absolument libre de décider d'acheter la marchandise si cela est conforme à ses intérêts. La Chine estime que cela ne peut pas causer un préjudice au détenteur du droit, et les États-Unis n'ont produit aucun élément démontrant le contraire.

24. En ce qui concerne le pouvoir de destruction, les douanes chinoises sont dûment habilitées à détruire les marchandises contrefaites. La loi chinoise prévoit une série de mesures discrétionnaires pour la disposition des marchandises qui est entièrement conforme à l'Accord sur les ADPIC. Selon

la loi, les marchandises contrefaites sont de préférence soit données, soit vendues au détenteur du droit et, si ces solutions ne sont pas réalisables, les marchandises contrefaites sont de préférence vendues au cours d'enchères publiques. Si aucune de ces méthodes n'est possible, la loi chinoise dispose que les marchandises seront détruites. Les douanes chinoises ont pleinement compétence pour ordonner la destruction, compétence qu'elles exercent fréquemment. Les éléments dont est saisi le Groupe spécial montrent d'ailleurs clairement que la destruction est fréquente – en termes de valeur, 58 pour cent des marchandises contrefaites saisies en Chine ont été détruites ces trois dernières années.

25. Les États-Unis élèvent des objections contre les rares cas dans lesquels les douanes chinoises ont recours à la vente aux enchères pour disposer des marchandises contrefaites. Les États-Unis prétendent que la vente aux enchères est contraire à l'obligation qui incombe à la Chine au titre de l'article 59 de donner à ses autorités à la fois le pouvoir de mettre les marchandises hors circuit et de les détruire. Mais cet argument est manifestement voué à l'échec puisque, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, les douanes chinoises doivent être habilitées – il ne s'agit donc pas d'une obligation – à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux ou à les détruire. Le texte de l'article 59 ne dit pas que les autorités "ordonneront" la destruction ou la mise hors circuit, il dit expressément qu'elles "seront habilitées" à les ordonner.

26. Les États-Unis avancent aussi que le recours limité de la Chine aux enchères publiques constitue une violation de la quatrième phrase de l'article 46, selon laquelle le simple retrait de la marque contrefaite n'est pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre la réintroduction de la marchandise dans les circuits commerciaux.

27. La Chine doute que la quatrième phrase de l'article 46 soit incorporée à l'article 59 – et donc qu'elle s'applique aux douanes chinoises.

28. Mais, même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée comme étant applicable, les douanes chinoises s'y conforment entièrement. La quatrième phrase de l'article 46 n'interdit pas la libération des marchandises contrefaites saisies – elle dispose simplement que le simple retrait de la marque contrefaite n'est pas normalement suffisant à cette fin. L'objet de l'article 46 est d'éviter que les contrevenants aient la possibilité d'apposer à nouveau des marques contrefaites à peu de frais et de poursuivre leur activité de contrefaçon. Comme la Chine l'a expliqué dans sa communication écrite, les douanes ne retirent pas simplement la marque contrefaite: elles retirent tous les éléments qui portent atteinte au droit d'auteur, elles demandent de manière formelle au détenteur du droit de faire des observations, à titre de garantie procédurale et, ce qui est le plus important, elles fixent un prix de réserve dans la vente aux enchères pour que les contrevenants n'aient pas la possibilité d'acheter à un prix dérisoire les marchandises saisies et d'y apposer à nouveau les marques contrefaites.

29. En résumé, la vente aux enchères publiques des marchandises contrefaites saisies – procédure que la Chine utilise pour 2 pour cent des marchandises, en termes de valeur – est entièrement compatible avec l'article 59.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

30. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je vais maintenant examiner la troisième allégation des États-Unis. Les États-Unis allèguent que la Chine viole l'Accord sur les ADPIC en ne conférant pas de manière automatique et immédiate la protection du droit d'auteur aux œuvres, en particulier les films et les DVD. Dans le cadre de cette allégation, la contestation ne porte pas sur l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC. Elle porte essentiellement sur les effets pratiques de la loi chinoise.

31. Selon le droit chinois, le droit d'auteur sur une œuvre naît de sa création. La protection du droit d'auteur n'est pas subordonnée à la publication. L'article 2 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur incorpore expressément les garanties de la Convention de Berne et accorde la protection automatique des droits de tous les auteurs des États parties à la Convention de Berne.

32. Les États-Unis ne mentionnent pas l'article 2 dans leur communication écrite, mais ils prétendent que l'article 4.1 refuse la protection par le droit d'auteur des œuvres qui n'ont pas encore subi avec succès un examen du contenu. La Chine fait respectueusement observer que cela n'est pas exact. En fait, elle reconnaît et protège le droit d'auteur sur les œuvres dès leur création.

33. La Chine applique différentes mesures réglementaires prévoyant l'examen du contenu des œuvres et, dans certains cas, elle n'autorise pas la publication avant l'approbation du contenu. Les États-Unis ne contestent pas que la Chine est en droit de le faire. L'examen du contenu, et le droit d'interdire la publication ou la diffusion des œuvres, est un privilège souverain reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne.

34. En raison de la protection conférée par l'article 2, les œuvres dont le contenu n'a pas fait l'objet d'un examen sont néanmoins protégées par le droit d'auteur. Les œuvres en instance d'examen jouissent aussi de la protection par le droit d'auteur. Lorsque des œuvres ont été révisées pour satisfaire à l'examen du contenu, la Chine protège le droit d'auteur sur la version révisée. Cette protection comprend aussi des mesures d'exécution contre les copies de la version non révisée de l'œuvre qui portent atteinte au droit d'auteur sur la version révisée. Les versions non révisées bénéficieront aussi de mesures d'exécution en cas de violation des règlements régissant la publication et la distribution, par exemple le Règlement sur les films. Pour les œuvres dont la publication n'a pas été approuvée à l'issue de l'examen du contenu, l'étendue de la protection par le droit d'auteur est une question qui ne se pose pas habituellement en droit chinois.

35. En conséquence, la Chine considère que l'article 4.1 est un instrument juridique dont l'effet sur le marché est limité. Même lorsqu'une œuvre est jugée illégale, le refus de la protection par le droit d'auteur n'entraînera vraisemblablement pas de pertes notables pour le détenteur du droit. L'œuvre est entièrement interdite, et les tentatives faites pour la publier ou la diffuser sont frappées de mesures coercitives. Le droit privatif de l'auteur d'interdire ce qui est déjà entièrement prohibé ne lui apporterait pas grand-chose.

36. Enfin, la Chine demande aussi au Groupe spécial de relever que plusieurs aspects de l'allégation des États-Unis, telle qu'elle figure dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, n'ont pas été commentés ou étayés par les États-Unis dans leur première communication écrite. Ce sont les allégations relatives à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC et celles qui concernent le traitement national. Les États-Unis n'ont pas non plus développé d'arguments au sujet d'un certain nombre de mesures chinoises qu'ils avaient mentionnées dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. L'Organe d'appel a indiqué clairement que la partie plaignante est tenue d'étayer toutes ses revendications par des éléments de preuve *prima facie* dans sa communication écrite. La Chine relève que les États-Unis ne se sont pas acquittés ici de cette charge. Elle demande respectueusement au Groupe spécial de se prononcer contre les États-Unis au sujet des allégations concernant l'article 14 et le traitement national, et au sujet des mesures concernant lesquelles les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments de preuve.

V. CONCLUSION

37. En conclusion, la Chine soutient que les États-Unis n'ont présenté d'argumentation convaincante sur aucune de leurs trois allégations. La Chine espère vivement que le différend prendra fin bientôt, et qu'elle pourra recommencer à coopérer avec ses partenaires commerciaux dans l'intérêt de la protection de la propriété intellectuelle.

ANNEXE B-3

**DÉCLARATION ORALE FINALE DE LA CHINE
À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND**

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, avant de commencer sa déclaration orale finale, la Chine voudrait brièvement préciser un point de droit concernant l'interprétation de l'article 61. Hier, plusieurs tierces parties se sont inquiétées de ce que la Chine pourrait demander au Groupe spécial de s'écarter des règles coutumières d'interprétation des traités internationaux pour interpréter l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine ne demande rien de tel, et elle est convaincue qu'elle peut dissiper ces préoccupations en exposant simplement sa position.

2. Le point de vue de la Chine concernant l'interprétation de l'article 61 est le suivant: premièrement, la Chine demande au Groupe spécial de constater que l'obligation énoncée par l'article 61 implique le droit pénal, qui relève des prérogatives souveraines de l'État. C'est la première fois qu'un groupe spécial de l'OMC est appelé à interpréter une obligation touchant au droit pénal.

3. Deuxièmement, la Chine demande au Groupe spécial de noter que le critère de l'article 61 est vague et susceptible d'interprétation. La grande diversité des définitions possibles qui ont été proposées au Groupe spécial ces deux derniers jours le montre à l'évidence.

4. Troisièmement, la Chine demande au Groupe spécial de prendre note du principe d'interprétation généralement admis, le principe *in dubio mitius*. Selon ce principe, lorsqu'une norme conventionnelle est vague ou ambiguë, le Groupe spécial devrait choisir l'interprétation qui a le moins de conséquences pour la souveraineté nationale. Le Groupe spécial ne devrait retenir une interprétation plus intrusive que lorsqu'il est démontré clairement et concrètement que cette interprétation correspondait à l'intention des rédacteurs.

5. La logique qui sous-tend ce principe est que les pays ne doivent pas être facilement présumés avoir cédé de leur souveraineté. Le Groupe spécial doit donc trouver des éléments concrets à l'appui d'une interprétation intrusive impliquant une concession de souveraineté. La Chine relève que l'Organe d'appel de l'OMC a expressément adopté cette règle d'interprétation.

6. Le droit pénal international invoqué par la Chine dans sa première communication écrite montre clairement que ce principe se justifie particulièrement dans le domaine du droit pénal. Les États-Unis plaident pour une application stricte et intrusive de l'article 61. Pour appuyer une telle interprétation, les États-Unis doivent produire des preuves concrètes montrant que cette interprétation est conforme à l'intention des parties, comme l'exige le principe *in dubio mitius*. Ils ne l'ont pas fait et, à la lumière de dispositions de l'Accord sur les ADPIC telles que les articles 1:1 et 41:5, il est évident qu'ils ne seront pas en mesure de le faire.

7. C'est là la "charge" que la Chine a dit incomber aux États-Unis. La Chine ne parle pas d'une charge factuelle de la preuve, mais relève l'incapacité des États-Unis à produire des éléments à l'appui de son interprétation juridique de l'article 61.

8. La Chine espère avoir ainsi dissipé tout malentendu éventuel concernant son argumentation sur ce point.

* * *

9. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, la République populaire de Chine vous est profondément reconnaissante d'avoir bien voulu siéger dans ce différend et vous

remercie de la diligence évidente dont vous avez fait preuve dans votre tâche. La Chine tient aussi beaucoup à remercier le personnel du Secrétariat de l'OMC.

10. La Chine prend ce différend très au sérieux. Elle est venue à Genève avec une délégation nombreuse et de haut niveau, et elle s'est minutieusement préparée à cette réunion. La Chine a l'intention de consacrer beaucoup de soin et d'énergie à ses réponses aux questions du Groupe spécial.

11. Pour la Chine, ce n'est pas seulement une poignée de lois internes qui est en cause dans ce différend – encore que cet aspect soit évidemment extrêmement important. Au-delà cependant, la Chine est convaincue que l'équilibre des droits et obligations réalisé dans l'Accord sur les ADPIC est aussi dans une très large mesure mis en jeu dans ce différend.

12. La Chine considère que le Groupe spécial a devant lui plusieurs tâches très importantes, y compris certaines pour lesquelles il n'existe guère de précédents.

13. L'une de ces tâches consiste à interpréter, pour la première fois à l'OMC, une obligation impliquant le droit pénal. Il est demandé au Groupe spécial de donner à la formule large "échelle commerciale" une interprétation très stricte. La Chine prie instamment le Groupe spécial d'examiner cette question avec soin en tenant compte des règles traditionnelles d'interprétation, qui reconnaissent que les pays ne renoncent pas facilement à leurs pouvoirs souverains. En particulier, la Chine prie le Groupe spécial de se demander si les États-Unis lui ont donné une base suffisante pour considérer que les parties ont entendu l'expression "échelle commerciale" comme imposant un critère strict en droit pénal.

14. Une autre de ces tâches est d'interpréter, pour la première fois à l'OMC, les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Il est demandé au Groupe spécial d'interpréter ces dispositions comme si elles n'avaient que peu ou pas du tout d'effet. La Chine prie instamment le Groupe spécial de tenir compte de l'équilibre politique qui est à l'origine de l'incorporation de ces dispositions. Elle ne cherche pas à se soustraire à ses obligations, mais elle demande au Groupe spécial d'examiner si les États-Unis lui ont donné des raisons de constater que ces dispositions n'ont que peu de sens ou pas de sens du tout.

15. La tâche suivante consiste à déterminer si, aux termes de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus de donner à leurs services douaniers le pouvoir inconditionnel de détruire les marchandises contrefaites avant qu'il puisse en être fait don à un organisme caritatif sans préjudice pour le détenteur du droit. La Chine continue à ne pas comprendre la position des États-Unis. D'un côté, ceux-ci semblent considérer que les douanes chinoises devraient avoir un pouvoir absolu et sans restriction en matière de destruction. En même temps, ils reprochent aux douanes chinoises l'insuffisance des restrictions en matière de mise hors circuit.

16. Les États-Unis souhaitent que la Chine subordonne les dons aux organismes caritatifs à la condition que, par exemple, il soit déterminé que les marchandises ne sont pas défectueuses. La Chine prévoit en fait une telle condition dans sa loi. Mais le Groupe spécial constatera certainement que la condition selon laquelle les marchandises ne peuvent être données que si elles ne sont pas défectueuses constitue une restriction de la compétence des douanes. C'est une restriction, exactement de la même façon que la condition selon laquelle les marchandises peuvent être détruites seulement si elles ne satisfont pas à certains critères en est une. De même, les États-Unis prévoient dans leur propre loi – et invitent la Chine à prévoir – que le don des marchandises saisies sera subordonné à l'approbation du détenteur de droit. Selon toute apparence, les États-Unis approuvent les conditions encadrant la compétence quand elles leur conviennent et ils les rejettent quand elles ne leur conviennent pas.

17. La dernière tâche du Groupe spécial est d'apprécier la loi chinoise sur le droit d'auteur au regard de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC. À cet égard, le Groupe spécial devrait examiner deux points très importants. Le premier est la protection du droit d'auteur établie par l'article 2 de la loi chinoise sur le droit d'auteur. Cette disposition incorpore au droit chinois les garanties de l'article 5 de la Convention de Berne. Un examen sérieux de l'article 2 permettra de résoudre l'essentiel de la contestation concernant la loi chinoise. Deuxièmement, le Groupe spécial devrait examiner soigneusement le droit d'interdire la publication, qui est reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne. Il devrait se demander s'il est logique de requérir la protection du droit d'auteur pour une œuvre qui a été complètement interdite par une mesure que les pouvoirs publics ont prise, comme le droit international les y autorise.

18. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, ceci conclut notre déclaration. La Chine vous remercie une fois de plus et se fera un plaisir de répondre à vos questions par écrit.

ANNEXE B-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LA CHINE

I. INTRODUCTION

1. Dans le présent différend, les États-Unis ont demandé au présent Groupe spécial d'élargir considérablement la portée des obligations juridiques découlant de l'Accord sur les ADPIC en établissant des obligations dont les rédacteurs ne sont jamais convenus et en empiétant sur des domaines de souveraineté auxquels les Membres n'ont jamais renoncé. La présente communication expose l'interprétation correcte qu'il convient de donner à l'Accord sur les ADPIC, conformément aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne.

2. Dans le même temps, les États-Unis ont systématiquement décrit d'une manière erronée le régime juridique de la Chine. Bien souvent, les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* que les lois chinoises étaient incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

3. Les États-Unis, dans leur première allégation, n'ont pas apprécié la portée des mesures répressives chinoises visant les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et ils n'ont pas démontré que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC imposait aux Membres l'obligation de réprimer par des mesures pénales les atteintes commises à petite échelle. En fait, le régime de droit pénal de la Chine, s'il est bien compris, satisfait pleinement à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, s'il est correctement interprété.

4. Les États-Unis, dans leur deuxième allégation, n'ont pas démontré que le cadre juridique régissant en Chine la mise hors circuit des marchandises saisies par les douanes était incompatible avec les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC. Les douanes chinoises disposent du pouvoir d'écarter les marchandises saisies des circuits commerciaux de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, et elles disposent du pouvoir approprié de détruire les marchandises saisies, si l'on reconnaît qu'il n'a jamais été envisagé dans l'Accord sur les ADPIC que ce pouvoir serait absolu et inconditionnel. Les douanes chinoises satisfont aussi à l'obligation énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46 – si elle vaut aussi pour l'article 59 – en mettant en œuvre d'importantes mesures visant à faire en sorte que les contrevenants ne puissent pas récupérer à vil prix leurs marchandises contrefaites.

5. Les États-Unis, dans leur troisième allégation, n'ont pas établi *prima facie* que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine ne protégeait pas les œuvres à diverses étapes de la procédure d'examen du contenu. Les États-Unis avancent uniquement l'argument erroné selon lequel l'article 4(1), tel qu'il est libellé, contrevient à l'Accord sur les ADPIC, mais cet argument est sans fondement: le droit international et, en particulier, l'article 17 de la Convention de Berne, reconnaît clairement le pouvoir souverain d'interdire des œuvres.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION: LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE DE LA CHINE SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

6. Les États-Unis allèguent que la Chine contrevient à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC en n'appliquant pas de procédures ni de sanctions pénales pour les actes de contrefaçon et les violations délibérés commis à une échelle commerciale. Les États-Unis ne comprennent pas le régime de droit pénal chinois; ils n'interprètent pas correctement l'obligation légale énoncée dans l'article 61 de

l'Accord sur les ADPIC et, par conséquent, ils ne reconnaissent pas que le régime de droit pénal chinois met en œuvre fidèlement l'obligation découlant de l'article 61.

7. Tout au long de la présente procédure, les États-Unis ont montré qu'ils avaient une compréhension limitée du système juridique chinois. Dans sa première communication écrite, la Chine a fait état d'un ensemble d'erreurs commises par les États-Unis. Même s'il apparaît que les États-Unis ont corrigé certaines des erreurs qu'ils avaient commises précédemment – s'agissant par exemple de la portée du seuil relatif au volume des activités commerciales illicites ou du caractère alternatif des seuils d'infraction pénale – ils ont répété certaines erreurs et en ont introduites de nouvelles. Certaines tierces parties ont aussi décrit d'une manière erronée le droit chinois.

A. RÉGIME DESTINÉ À FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN CHINE

8. La Chine traite d'une série de descriptions erronées que les États-Unis ont données du droit chinois en ce qui concerne le régime de propriété intellectuelle, y compris au sujet d'éléments du droit pénal positif, du droit pénal général (subsidiaire) et du droit administratif.

1. Le droit pénal chinois établit des seuils flexibles et de vaste portée pour les poursuites pénales

a) Les lois pénales positives de la Chine en ce qui concerne la propriété intellectuelle

9. La Chine présente une description détaillée de ses lois pénales régissant la propriété intellectuelle. Les États-Unis et les autres parties ont fréquemment décrit d'une manière erronée le droit pénal positif de la Chine.

10. Premièrement, les seuils d'infraction pénale ne sont pas rigides, mais visent un large éventail d'activités. Le droit pénal chinois utilise des seuils alternatifs, qui servent à prendre en considération différentes mesures. Le seuil relatif au volume des activités commerciales illicites, en particulier, est un critère flexible qui prend potentiellement en considération à la fois un petit nombre de produits de grande valeur ou un grand nombre de produits de faible valeur – exactement comme certaines tierces parties le demandent. En outre, le droit pénal chinois s'est adapté aux nouvelles technologies, notamment en assimilant la diffusion sur Internet à la reproduction ou à la distribution au sens de l'article 217 de la Loi pénale.

11. Deuxièmement, la Chine calcule ses seuils d'infraction pénale en prenant en considération des éléments de preuve relatifs à toute la période pendant laquelle a duré l'acte portant atteinte à un droit, ce qui peut représenter plusieurs années. La plupart des exemples hypothétiques auxquels les États-Unis et les tierces parties ont recours condensent indûment la période pendant laquelle il y a eu atteinte à un droit. Il n'y a guère d'exemple fourni par les États-Unis dans la présente procédure qui ne soit tributaire de la non-prise en compte de la période idoine pendant laquelle il y a eu atteinte à un droit. À cet égard, la Chine est étonnée de constater que les États-Unis se plaignent que l'application de sanctions administratives ait pour effet d'effacer l'ardoise – car la seule autre alternative serait de renoncer aux moyens administratifs de faire respecter les droits en ce qui concerne les petites infractions.

12. Troisièmement, le droit pénal chinois prend en considération les produits non finis et les indices fiables d'infraction pénale. La Chine explique plus avant deux affaires mentionnées précédemment, qui démontrent que les tribunaux ont pris en considération des éléments semi-finis ou non finis et aussi des matériaux et instruments indicatifs de l'existence d'une violation.

b) Les lois pénales générales (subsidiaires) relatives à la propriété intellectuelle

13. Les États-Unis et les autres parties au présent différend n'ont pas tenu compte des lois pénales générales de la Chine, qui pourraient être qualifiées, en "common law" occidentale, de lois pénales "subsidiaires". Ces lois visent notamment les infractions inchoatives, telles que la préparation et la tentative, et les délits relevant de la responsabilité du fait d'autrui, tels que l'association de malfaiteurs et la bande organisée.

14. Ces lois pénales générales s'appliquent au volet spécifique des infractions en matière de propriété intellectuelle et élargissent la portée des mesures pénales visant à lutter contre la contrefaçon et le piratage. Ces lois pénales générales prennent en considération les produits non finis, les facteurs non quantitatifs et les éléments organisationnels.

2. Le régime administratif vise les petites infractions (échelle autre que commerciale)

15. La Chine décrit les procédures d'exécution forcée par la voie administrative qui visent à lutter contre les violations de la propriété intellectuelle qui se situent en deçà des seuils d'infraction pénale. Ces procédures sont rapides, efficaces et adaptées au volume élevé de petites infractions. La Chine prend des mesures vigoureuses pour que les petits contrevenants ne puissent en aucune façon être "hors d'atteinte" et que les moyens administratifs mis en œuvre débouchent sur des sanctions importantes à l'encontre des contrevenants.

16. La Chine conteste l'affirmation selon laquelle l'exécution forcée par la voie administrative ne constitue pas un moyen de dissuasion efficace. Ces moyens administratifs peuvent aboutir à des peines un peu moins sévères, mais ils sont bien plus susceptibles de sanctionner de petites violations que les lois pénales comparables aux États-Unis. Contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la Chine estime que l'exécution forcée par la voie administrative constitue une mesure corrective efficace, et non pas sa "mesure corrective privilégiée".

B. RÈGLE JURIDIQUE POUR L'INTERPRÉTATION DU CRITÈRE DE L'ÉCHELLE COMMERCIALE

17. La Chine estime que le Groupe spécial devrait appliquer le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 à la lumière du principe d'interprétation bien admis *in dubio mitius*. L'Organe d'appel de l'OMC a expressément adopté ce principe, qui revêt une justification particulière dans le domaine du droit pénal.

18. Les États-Unis argumentent en faveur d'une application rigoureuse et intrusive de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Pour étayer une telle interprétation, ils doivent démontrer que le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 a clairement et précisément le sens qu'ils lui attribuent. Dans la mesure où l'expression "échelle commerciale" est quelque peu obscure ou imprécise, le principe *in dubio mitius* veut que l'interprétation des États-Unis ne puisse pas prévaloir. L'article 61 doit être interprété comme régissant les lois pénales nationales des Membres uniquement dans la limite où les Membres y ont expressément consenti d'une manière non équivoque. La responsabilité de démontrer que les Membres ont expressément consenti d'une manière non équivoque à accepter l'obligation légale d'appliquer des mesures pénales pour lutter contre les actes de contrefaçon et de piratage commis à une petite échelle incombe aux États-Unis. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette charge.

C. L'OBLIGATION ÉNONCÉE DANS L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

19. La principale tâche qui incombe au Groupe spécial dans le cadre du différend en ce qui concerne l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC consiste à déterminer le sens de l'expression "échelle commerciale". Contrairement à ce que déclarent les États-Unis, la Chine s'en est tenue

rigoureusement aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités lorsqu'elle a expliqué le sens de l'expression "échelle commerciale".

1. Sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale"

20. Les États-Unis ne donnent pas un sens ordinaire raisonnable et étayable à l'expression "échelle commerciale". Leur affirmation selon laquelle l'expression "échelle commerciale" désigne toute activité lucrative ne résiste pas à l'examen. Les États-Unis n'ont pas non plus dûment réfuté l'affirmation de la Chine selon laquelle l'expression "échelle commerciale" établissait un critère large visant toute activité d'une ampleur considérable.

a) Les États-Unis ne donnent pas une définition raisonnable de l'expression "échelle commerciale"

21. Les États-Unis donnent des définitions incohérentes de l'expression "échelle commerciale". Dans leurs communications précédentes, ils ont donné une définition de l'expression "échelle commerciale" qui englobait toute activité lucrative. Toutefois, ils ont aussi fait des déclarations qui sont incompatibles avec cette définition, en affirmant que ce qui constituait un acte commis à une échelle commerciale pouvait varier d'une situation à l'autre en fonction d'un certain nombre de facteurs.

22. La définition de l'expression "échelle commerciale" retenue par les États-Unis a aussi pour effet d'exclure de l'expression le terme "échelle", ce qui la rend synonyme de "but commercial" ou de "commercial". Cette définition revient à réécrire le texte de l'article 61 avec des termes qui ont été explicitement écartés et rejetés dans le cadre des débats à l'OMPI et de ceux concernant l'Accord sur les ADPIC.

23. Contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, les définitions que donne le dictionnaire des différents termes d'une expression ne permettent pas d'en définir le "sens ordinaire" d'une manière probante au titre de l'article 31(1) de la Convention de Vienne, de même que n'est pas déterminante l'absence de définition d'une expression dans le dictionnaire. Le critère essentiel en ce qui concerne le sens ordinaire est la façon dont les termes sont couramment utilisés. La Chine a fourni de multiples exemples dans lesquels l'expression "échelle commerciale" était utilisée pour désigner une activité d'une ampleur considérable, tandis que les États-Unis n'ont pas fourni un seul exemple d'utilisation illustrant leur thèse.

24. En outre, le Groupe spécial devrait prendre acte du large éventail de définitions qui ont été proposées pour l'expression "échelle commerciale" au cours de la présente procédure. Ces variations montrent que cette expression était censée être flexible et susceptible d'interprétations différentes, et elles soulignent la prééminence et l'importance du principe légal *in dubio mitius*. Au vu de ces interprétations contradictoires, et de l'ambiguïté ou de l'imprécision sous-jacente apparente, l'expression "échelle commerciale" devrait être interprétée avec prudence et de façon à interférer le moins possible avec la souveraineté des Membres.

b) Le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" est – en gros – activité d'une ampleur considérable

25. La Chine estime que le critère essentiel en ce qui concerne le sens de l'expression "échelle commerciale" devrait être la façon dont l'expression est effectivement utilisée, et elle propose une définition de l'expression "échelle commerciale" qui est compatible avec tous les éléments de preuve disponibles. Les exemples présentés par la Chine démontrent que les gouvernements ont tendance à interpréter l'expression "échelle commerciale" comme désignant une activité d'une ampleur considérable – et non pas une activité économique réalisée à petite échelle.

26. La Chine clarifie le statut juridique de la définition de l'expression "échelle commerciale" énoncée par le Comité d'experts de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie (le "Comité de l'OMPI"). La définition du Comité de l'OMPI ne fait pas simplement partie de l'historique des négociations au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne: elle ne revêt pas un "sens particulier" au titre de l'article 31(4) de cette convention, et elle ne fait pas formellement partie de l'Accord sur les ADPIC. La définition du Comité de l'OMPI est plutôt un exemple intéressant de l'usage courant de l'expression, qui en révèle le "sens ordinaire" dans le cadre du traité, conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne.

27. Les dispositions types pour les lois nationales du Comité de l'OMPI contredisent l'affirmation des États-Unis selon laquelle tout acte effectué dans un but lucratif est effectué à une échelle commerciale: elles indiquent que la "volonté de faire du profit" est seulement un facteur parmi plusieurs. Le Comité de l'OMPI énonce une définition qui est souple, là où les États-Unis s'efforcent apparemment d'imposer un critère spécifique. La définition du Comité de l'OMPI contredit aussi l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'expression "échelle commerciale" recouvre même les activités réalisées à très petite échelle.

28. Les États-Unis accusent la Chine de remplacer l'expression "échelle commerciale" par l'expression "échelle industrielle" et font valoir que si les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC avaient souhaité que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne vise que les activités réalisées à une échelle industrielle, ils auraient utilisé cette expression. Toutefois, les États-Unis se méprennent sur la Chine à deux égards: la Chine ne croit pas que l'expression "échelle commerciale" établit un critère aussi élevé que l'expression "échelle industrielle" et n'a jamais décrit l'expression en ces termes; et elle soutient que l'expression "échelle commerciale" définit un critère beaucoup plus large que l'expression "échelle industrielle", et qu'elle a probablement été choisie précisément pour cette raison.

c) Clarification du critère de l'"échelle commerciale": l'incidence de l'infraction, le prix des marchandises contrefaites et le rôle des technologies ne sont pas des facteurs pertinents

29. La Chine clarifie en outre trois éléments particuliers du critère de l'"échelle commerciale". Premièrement, dans le texte même de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, l'expression "échelle commerciale" désigne une mesure de l'activité portant atteinte à un droit, et non pas l'incidence de l'infraction. Par conséquent, interpréter l'expression "échelle commerciale" comme étant une mesure de l'incidence de l'infraction sur le détenteur du droit constituerait une interprétation abusive du texte de l'Accord sur les ADPIC.

30. Deuxièmement, les États-Unis n'ont pas justifié leur prémisse selon laquelle l'incidence sur le détenteur du droit de l'acte portant atteinte à un droit devrait être prise en considération pour déterminer si l'activité est réalisée à une "échelle commerciale". Dans la mesure où l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 prend la juste mesure de l'activité portant atteinte à un droit, il est éminemment logique que les Membres utilisent le prix de la marchandise contrefaite – qui exprime la valeur de l'activité portant atteinte à un droit – lorsqu'ils déterminent le seuil relatif à l'"échelle commerciale".

31. Troisièmement, bien que plusieurs parties aient indiqué que la définition de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 devrait être modifiée de façon à prendre en considération l'évolution des technologies, la Chine ne pense pas qu'une modification de l'obligation légale énoncée par l'article 61 soit appropriée ni nécessaire. Les modifications importantes devraient être examinées dans le cadre de nouveaux accords internationaux. En outre, l'évolution des technologies n'a pas, en fait, porté atteinte au seuil relatif à l'échelle commerciale. À mesure que les technologies s'amélioraient, une proportion beaucoup plus élevée d'activités portant atteinte à un droit sont devenues passibles de mesures pénales.

2. Le contexte juridiquement pertinent de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC montre bien que la notion d'"échelle commerciale" est un critère large et souple

32. Conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. La Chine met en avant plusieurs facteurs contextuels qui mettent à mal l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'article 61 impose une obligation très spécifique aux Membres.

33. Premièrement, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la Chine n'invoque pas les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC en tant que moyen de défense contre l'obligation imposée par l'article 61. Au lieu de cela, la Chine a systématiquement mis en avant les articles 1:1 et 41:5 en tant que contexte pertinent pour l'article 61 lorsque l'on détermine la portée de l'obligation de fond qui y est énoncée. Les articles 1:1 et 41:5 étaient des concessions importantes à l'égard du monde en développement, dont les États-Unis et d'autres tierces parties développées voudraient aujourd'hui faire abstraction. Ces articles militent vivement contre l'interprétation de l'article 61 en tant qu'obligation d'appliquer des mesures pénales à l'encontre de tout acte engagé dans un but lucratif, car cette règle serait incompatible avec le système juridique de la Chine et exigerait la réaffectation des moyens de répression.

34. Deuxièmement, l'une des tierces parties fait valoir que les deuxième, troisième et quatrième phrases de l'article 61 utilisent une formulation souple, tandis que la première phrase contient une règle stricte obligeant les Membres de l'OMC à prévoir des mesures répressives pour lutter contre les actes de contrefaçon et les violations délibérés, ce qui implique que la première phrase n'accorde aucune latitude. Cet argument est sans fondement parce que l'article 61 n'énonce pas une "règle stricte" en ce qui concerne la portée de l'expression "échelle commerciale". En outre, la deuxième phrase ménage une certaine flexibilité en ce qui concerne le choix de la sanction. Si la première phrase était interprétée comme prescrivant au Membre de sanctionner les petites violations par des mesures pénales, la flexibilité admise dans la deuxième phrase – qui donne à penser que dans certains systèmes de droit pénal, il n'est pas nécessaire de sanctionner les petites violations – poserait un problème particulièrement épineux. Ainsi, la deuxième phrase de l'article 61 constitue effectivement un contexte pertinent: sa flexibilité même démontre qu'interpréter l'article 61 comme imposant un critère exigeant et spécifique constitue une erreur.

35. Troisièmement, la Chine met en avant d'autres facteurs contextuels qui justifient la prise en considération du sens de l'expression "échelle commerciale" dans le cadre de tout examen. Ni l'Accord sur les ADPIC, ni la Convention de Berne ne comportent de définitions complètes des expressions "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" et "piratage portant atteinte à un droit d'auteur". En outre, le vague libellé de portée générale de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC contraste de façon marquée avec les dispositions très détaillées figurant dans les articles 42 à 49 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que dans les parties pertinentes de l'Accord antidumping et de l'Accord SMC. Lorsque les rédacteurs des instruments de l'OMC ont voulu énoncer des règles précises, ils l'ont fait sans ambiguïté. L'absence d'une telle clarté dans l'article 61 indique qu'ils n'avaient pas cette intention. Ces exemples militent contre une interprétation de l'expression "échelle commerciale" qui établirait un critère rigoureux et précis; néanmoins, les États-Unis n'ont pas encore fait mention de l'un ou l'autre de ces facteurs.

3. L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC confirment qu'"échelle commerciale" est un critère large et souple

36. L'article 31(1) de la Convention de Vienne dispose que, outre le contexte, l'"objet et le but" du traité devraient être pris en considération lorsque l'on détermine le sens du traité. Le but de l'Accord sur les ADPIC était de trouver un juste équilibre entre la protection des droits de propriété

intellectuelle et la déférence à l'égard des systèmes juridiques et des objectifs de politique générale publique des Membres. Cet équilibre – entre des moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et la déférence à l'égard des Membres – est compatible avec l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 en tant que critère large et souple.

4. La pratique ultérieure des Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC démontre que l'échelle commerciale constitue un critère large qui fait référence à une activité d'une ampleur considérable

37. L'article 31(3) de la Convention de Vienne dispose que les parties devraient tenir compte de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. La pratique ultérieurement suivie par les Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC confirme elle aussi que l'expression "échelle commerciale" n'a généralement jamais été entendue comme faisant référence à une activité lucrative.

38. Premièrement, la pratique des États-Unis en ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation qui leur incombe au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC montre qu'ils ont implicitement interprété l'expression "échelle commerciale" comme désignant une ampleur considérable, comme en témoignent un manuel du Département de la justice des États-Unis et les poursuites engagées aux États-Unis en matière de propriété intellectuelle. L'article 61 dispose que les Membres "prévoiront des procédures pénales et des peines applicables". L'examen d'un échantillon de poursuites engagées par les autorités fédérales aux États-Unis montre que, dans les 60 affaires se rapportant à un acte de piratage portant atteinte à un droit d'auteur pour lesquelles on disposait de renseignements concernant la valeur des marchandises, les autorités des États-Unis ont engagé des procédures pénales visant les actes liés à des violations représentant au moins 2 000 dollars. Étant donné que la pratique des États-Unis consiste à appliquer les lois pénales en matière de propriété intellectuelle aux actes de contrefaçon et de piratage commis à grande échelle, la pratique des États-Unis montre que les atteintes commises "à une échelle commerciale" sont des atteintes commises à grande échelle.

39. Deuxièmement, le Canada a dit explicitement que le critère de l'"échelle commerciale" visait des atteintes commises à grande échelle. Bien que le Canada émette de faibles protestations à l'effet contraire, sa pratique, conformément à la Politique d'application du droit d'auteur, consiste à appliquer des mesures pénales uniquement à l'encontre des infractions commises à grande échelle.

40. Troisièmement, les États-Unis n'ont toujours pas répondu à l'argument de la Chine selon lequel, dans une série d'accords de libre-échange (ALE) postérieurs à l'Accord sur les ADPIC, ils ont inclus une définition explicite de l'expression "échelle commerciale" indiquant qu'il s'agissait d'"atteintes délibérées aux fins de l'obtention d'un avantage ou d'un bénéfice commercial", qui s'éloignait notablement du critère de l'"échelle commerciale".

5. L'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC confirme que l'expression "échelle commerciale" était censée établir un critère large visant une activité d'une ampleur considérable

41. L'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31. Cela peut inclure les travaux préparatoires du traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu. L'historique des négociations est utile pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, mais les États-Unis ne se sont pas encore prononcés sur cette question.

42. La dernière phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC repose sur la définition que le Comité de l'OMPI a donnée à l'expression "échelle commerciale". Les délégations assistant à la séance plénière de l'OMPI ont explicitement distingué l'expression "échelle commerciale" de

l'expression "dans un but commercial" ou "en vue d'en retirer un avantage commercial". Les parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC ont repoussé les efforts déployés à la fois par les États-Unis et le Canada pour que l'expression "échelle commerciale" soit remplacée par "commercial". Ainsi, les termes avaient manifestement pour elles des sens différents, et il est clair que les parties à la négociation n'ont pas souscrit au sens de "commercial".

D. LA CHINE A PLEINEMENT MIS EN ŒUVRE SON OBLIGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

43. La Chine a satisfait à son obligation au titre de l'article 61 en établissant des mesures pénales visant les atteintes commises à une "échelle commerciale". Malgré les arguments des États-Unis à l'effet contraire, la Chine l'a fait d'une manière qui est appropriée compte tenu de son contexte juridique et commercial.

1. La Chine a mis en œuvre l'article 61 dans son contexte juridique et commercial

44. Le Groupe spécial doit d'abord examiner la question de savoir si les seuils d'infraction pénale en matière de propriété intellectuelle sont appropriés dans l'économie du droit chinois. La Chine fixe des seuils d'infraction pénale pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle qui font pendant à ceux établis pour d'autres activités illégales. Les Membres sont en droit de mettre en œuvre, autant que faire se peut, l'obligation résultant de l'article 61 dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques (article 1:1), et de manière à éviter la réaffectation des moyens de répression (article 41:5). En outre, la deuxième phrase de l'article 61 enjoint aux Membres d'appliquer des sanctions pénales qui sont comparables à celles dont sont passibles d'autres délits. Ainsi, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la façon dont les lois pénales chinoises relatives aux droits de propriété intellectuelle s'intègrent dans le cadre plus large de l'ordre juridique chinois est essentielle pour déterminer si la Chine met en œuvre de bonne foi le critère de l'"échelle commerciale".

45. La deuxième question est celle de savoir si les seuils chinois sont appropriés dans le contexte du commerce chinois. Le seuil chinois de 50 000 renminbi (6 900 dollars EU) relatif au volume d'activités commerciales illicites représente moins de 1 pour cent du revenu annuel des entreprises industrielles qui sont officiellement de "petite taille" et moins de 25 pour cent du revenu annuel des entreprises individuelles ou familiales (plus petite unité économique prise en compte par la Chine). La Chine a établi des seuils d'infraction pénale qui mettent en évidence toute violation d'ampleur raisonnable. En outre, le revenu par habitant mis en avant par les États-Unis est une unité de mesure inappropriée de l'activité à l'échelle commerciale. L'"échelle commerciale" n'est pas une mesure de ce que gagnent les particuliers – c'est une mesure de l'activité commerciale. Le PIB par habitant n'est pas une mesure liée à l'activité commerciale, et encore moins à l'activité à l'"échelle commerciale".

2. L'article 61 ne prescrit pas que les autorités des Membres soient tenues d'appliquer des critères hautement discrétionnaires

46. L'expression "échelle commerciale" est un critère large et souple, et la définition qu'en donne le Comité de l'OMPI indique que divers facteurs peuvent être pris en considération aux fins de son application. Cela ne signifie pas que les Membres ont l'obligation, au titre de l'Accord sur les ADPIC, d'appliquer un critère hautement discrétionnaire, mais simplement qu'ils disposent d'une certaine flexibilité aux fins de son application.

47. La définition de l'expression "échelle commerciale" donnée par le Comité de l'OMPI est un très bon exemple de l'usage courant de l'expression, sur lequel les parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC se sont appuyées. Toutefois, la définition du Comité de l'OMPI ne fait pas formellement

partie de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, le Groupe spécial devrait repousser toute exhortation à incorporer la définition du Comité de l'OMPI dans l'Accord sur les ADPIC.

48. En vertu de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont le droit de mettre en œuvre les obligations dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. Agissant dans le cadre de leur discrétion souveraine et de leur système juridique, les Membres peuvent avoir légitimement intérêt à réprimer uniformément les activités illégales, quels que soient les marchés, les produits, les opérateurs et les régions. Les systèmes juridiques des Membres peuvent aussi être incompatibles avec des notions de pouvoir discrétionnaire judiciaire qui leur sont étrangères. Ainsi, même si la notion d'"échelle commerciale" admet des critères hautement discrétionnaires, l'Accord sur les ADPIC ne les exige pas; il milite plutôt en faveur de critères qui sont compatibles avec la discrétion raisonnable des Membres dans le cadre de leurs systèmes et pratiques juridiques.

3. Des exemples hypothétiques ne démontrent pas que la Chine n'a pas mis en œuvre l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

49. Les États-Unis et plusieurs autres parties ont présenté une étonnante série d'exemples hypothétiques afin de tenter de démontrer que la Chine ne se conforme pas à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Ces exemples hypothétiques ne prouvent rien. Les États-Unis, en tant que partie plaignante, doivent fournir des éléments de preuve établissant que les lois chinoises ont pour effet d'exclure une catégorie d'infractions qui répond au critère de l'"échelle commerciale". Des exemples hypothétiques ne sont pas des éléments de preuve suffisants. En outre, les exemples hypothétiques qui ont été présentés au cours de la présente procédure sont entachés d'erreurs et dénaturent le droit chinois.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION: LES MESURES DE LA CHINE CONCERNANT LA DISPOSITION DES MARCHANDISES SAISIES SONT COMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

50. Les États-Unis n'ont pas démontré que le cadre légal dans lequel opèrent les douanes chinoises en ce qui concerne les marchandises saisies est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. Ils n'ont pas démontré que les douanes chinoises n'étaient pas dûment habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, ni que les douanes chinoises ne disposaient pas du pouvoir de destruction voulu au regard de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis n'ont pas non plus démontré que le recours à la vente aux enchères par les douanes chinoises – de pair avec l'élimination de tous les éléments contrefaits et l'imposition d'un prix de réserve visant à éviter que le contrevenant ne retire un quelconque avantage économique – était incompatible avec la quatrième phrase de l'article 46. La Chine a mis en œuvre pleinement et de bonne foi les obligations résultant pour elle de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les marchandises saisies.

A. LA CHINE SE CONFORME PLEINEMENT AUX DISPOSITIONS DE LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 46, TELLES QU'ELLES S'APPLIQUENT AUX DOUANES CHINOISES EN VERTU DE L'ARTICLE 59

51. La première phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée dans l'article 59, impose deux obligations aux Membres. Premièrement, ils doivent habiliter leurs services douaniers à écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaites, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Deuxièmement, ils doivent habiliter leurs services douaniers à détruire les marchandises contrefaites. La Chine a satisfait à la première obligation en habilitant dûment les douanes à faire don des marchandises contrefaites qui ont été saisies à des organismes d'aide sociale ou à conclure une opération de vente volontaire avec le détenteur du droit qui souhaite acheter les marchandises. Elle a satisfait à la deuxième obligation en conférant aux douanes le pouvoir de

détruire les marchandises contrefaites. Étant donné que la Chine a pleinement satisfait à ces deux obligations, l'Accord sur les ADPIC ne lui interdit pas d'autoriser les douanes à avoir recours à d'autres moyens de disposition.

1. Les États-Unis n'ont pas établi que les douanes ne disposaient pas du pouvoir de mise hors circuit

52. Les États-Unis n'ont pas démontré que les douanes chinoises n'étaient pas habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Dès lors que les douanes disposent d'un moyen qui évite effectivement de causer un préjudice au détenteur du droit, elles sont véritablement habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, conformément à l'Accord sur les ADPIC.

a) Le don à des organismes d'aide sociale tient du pouvoir de mise hors circuit prévu par l'Accord sur les ADPIC

53. Les douanes chinoises sont habilitées à faire don des marchandises saisies à la Société chinoise de la Croix-Rouge (la "Croix-Rouge") ainsi qu'à d'autres organismes d'aide sociale de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Les douanes peuvent uniquement faire don de marchandises utiles à des fins d'aide sociale (pas de produits de luxe ni de marchandises défectueuses); et les douanes sont légalement tenues de faire en sorte que les marchandises données soient correctement et exclusivement utilisées par des organismes d'aide sociale. La loi chinoise dispose que les dons faits à d'autres organismes d'aide sociale doivent rester en dehors des circuits commerciaux. Les États-Unis n'ont fourni au Groupe spécial aucun élément de preuve indiquant qu'un préjudice avait été causé à des détenteurs de droits en raison des dons que les douanes font à la Croix-Rouge et à d'autres organismes de charité.

54. En vertu du droit chinois, les organismes d'aide sociale ne sont pas autorisés à vendre des marchandises contrefaites qui leur ont été données par les douanes. Par conséquent, en donnant toutes ces marchandises, les douanes évitent de causer un préjudice au détenteur du droit.

55. En outre, le mémorandum d'accord légalement contraignant conclu entre les douanes et la Croix-Rouge fait en sorte que les marchandises dont il a été fait don sont utilisées exclusivement à des fins d'aide sociale. Les douanes sont clairement habilitées à ordonner le don de marchandises contrefaites à la Croix-Rouge et, ainsi, par définition, elles sont habilitées à ordonner que ces marchandises soient écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

b) La cession à des détenteurs de droits tient du pouvoir de mise hors circuit prévu par l'Accord sur les ADPIC

56. Les douanes chinoises sont aussi habilitées à vendre les marchandises saisies au détenteur intéressé. Ce moyen de disposition évite manifestement de causer un quelconque préjudice au détenteur du droit, parce que celui-ci n'achèterait pas volontairement les marchandises s'il n'en retirait pas un avantage.

2. Les États-Unis n'ont pas établi que les douanes ne disposaient pas du pouvoir de destruction

57. Les États-Unis n'ont pas démontré non plus que les douanes chinoises n'étaient pas habilitées à ordonner la destruction des marchandises contrefaites. La Chine a conféré aux douanes le pouvoir de destruction voulu au sens des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC.

a) L'Accord sur les ADPIC n'exige pas un pouvoir absolu

58. Les États-Unis affirment que le "pouvoir" requis par l'Accord sur les ADPIC doit être absolu et inconditionnel. Cette affirmation va à l'encontre de la pratique des États-Unis et d'autres Membres, des arguments que les États-Unis ont avancés dans d'autres occasions dans le cadre de la présente procédure et d'un large éventail de réglementations légitimes. L'allégation des États-Unis – selon laquelle la Chine ne peut en aucune manière assortir de conditions le pouvoir de destruction qu'elle confère aux douanes – est indéfendable à la lumière de toute interprétation raisonnable de l'Accord sur les ADPIC.

b) Le pouvoir de destruction conféré aux douanes chinoises est un pouvoir approprié au regard de l'Accord sur les ADPIC

59. Tous les éléments de preuve dont dispose le Groupe spécial indiquent que le "pouvoir" conféré au titre des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC peut être assorti de certaines conditions. À ce jour, les États-Unis n'ont avancé aucun argument concernant la raison pour laquelle le pouvoir de destruction conféré aux douanes chinoises n'était pas approprié au titre de l'Accord sur les ADPIC. La Chine propose quatre éléments permettant d'éclairer l'analyse pertinente.

i) Pouvoir discrétionnaire

60. Les douanes disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer d'une façon subjective si la marchandise contrefaite satisfait aux critères applicables pour chacun des moyens de disposition et, par conséquent, pour déterminer si elle doit être détruite. Lorsque les douanes déterminent qu'une marchandise contrefaite satisfait aux critères relatifs à un moyen de disposition, elles ont l'obligation légale de procéder de cette manière.

ii) Autonomie

61. Les douanes disposent d'une autonomie complète lorsqu'elles déterminent si la marchandise contrefaite doit être détruite. Leurs décisions ne sont pas subordonnées à l'approbation d'une tierce partie, ce qui pourrait effectivement limiter le pouvoir dont disposent les services douaniers.

iii) Intérêts légitimes des pouvoirs publics

62. Chacun des moyens particuliers correspond à des intérêts légitimes des pouvoirs publics qui sont compatibles avec la discrétion souveraine dont jouit la Chine en vertu de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, comme préférer que les marchandises soient utiles d'un point de vue social en en faisant don à des organismes de charité.

iv) Principes énoncés dans les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC

63. Les quatre moyens de disposition employés par les douanes sont compatibles avec les principes énoncés dans les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'ils ont effectivement un effet dissuasif et évitent de causer un préjudice au détenteur du droit.

3. Outre la mise hors circuit et la destruction, l'Accord sur les ADPIC autorise les Membres à vendre aux enchères des marchandises auparavant contrefaites

64. La Chine a satisfait à son obligation au titre de la première phrase de l'article 46 telle qu'elle est incorporée dans l'article 59, qui consiste à conférer aux douanes le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction appropriés. Les Membres ont parfaitement le droit, en vertu de l'Accord sur

les ADPIC, d'autoriser leurs services douaniers à avoir recours à des moyens de disposition autres que la mise hors circuits commerciaux et la destruction.

a) Les États-Unis admettent désormais que la vente aux enchères est compatible avec la première phrase de l'article 46

65. Les Membres sont manifestement en droit, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, d'autoriser leurs services douaniers à procéder à des ventes aux enchères. Si un Membre confère le pouvoir de mise hors circuit et de destruction, alors il peut aussi autoriser la vente aux enchères, conformément avec la première phrase de l'article 46. Les États-Unis admettent désormais ce point.

b) La vente aux enchères est compatible avec les principes énoncés dans la première phrase de l'article 46

66. La procédure de vente aux enchères à laquelle les douanes chinoises ont recours est parfaitement compatible avec les principes énoncés dans l'article 46. Premièrement, la vente aux enchères n'est pas moins dissuasive que le don ou la destruction; l'établissement d'un prix de réserve par les douanes dans le cadre de la vente aux enchères garantit que les contrevenants n'auront pas la possibilité de récupérer les marchandises saisies à vil prix et de les utiliser dans le but de poursuivre leur activité de contrefaçon. Deuxièmement, la vente aux enchères des marchandises saisies n'est pas plus préjudiciable au détenteur du droit que le don ou la destruction. Les douanes ne vendent les marchandises saisies aux enchères que lorsqu'elles ont éliminé tous les éléments contrefaits afin d'éviter de causer un dommage au détenteur du droit.

B. LA CHINE SE CONFORME PLEINEMENT À TOUTES LES OBLIGATIONS ÉNONCÉES DANS LA QUATRIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 46, TELLES QU'ELLES SONT RÉITÉRÉES DANS L'ARTICLE 59 – ET LES ÉTATS-UNIS N'ONT FOURNI AUCUN ÉLÉMENT DE PREUVE À L'EFFET CONTRAIRE

67. La Chine est pleinement en conformité avec l'article 59. Les États-Unis n'ont pas démontré que la quatrième phrase de l'article 46 était incorporée dans l'article 59 et, par conséquent, qu'elle s'appliquait aux douanes chinoises. Même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée comme étant d'application, les mesures des douanes chinoises seraient conformes à cette disposition.

1. La quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59

68. Les États-Unis affirment à tort que la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59. Les principes pertinents de l'article 46 – qui sont incorporés dans l'article 59 – sont ceux qui concernent le pouvoir d'ordonner la mise hors circuit ou la destruction. La quatrième phrase de l'article 46 est sans rapport avec le pouvoir de mettre hors circuit ou de détruire; et elle n'explicite pas le pouvoir requis. Elle définit plutôt les circonstances dans lesquelles les autorités nationales peuvent introduire des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux.

2. La Chine se conforme pleinement aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46

69. Même si l'on interprétait la quatrième phrase de l'article 46 comme étant incorporée dans l'article 59, la Chine serait pleinement en conformité. Les douanes chinoises se conforment aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46, parce qu'elles prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite afin d'empêcher que les contrevenants ne récupèrent les marchandises saisies à vil prix. L'interprétation que les États-Unis donnent à la quatrième phrase est incompatible avec le texte même.

a) La quatrième phrase de l'article 46 empêche les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, ce qui leur permettrait d'en tirer un profit indu

70. Les États-Unis font valoir à tort que la quatrième phrase de l'article 46 interdit catégoriquement d'introduire dans les circuits commerciaux des marchandises saisies qui ont été contrefaites, si ce n'est dans des "circonstances exceptionnelles". Si les autorités prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite et qui empêchent ainsi les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, les autorités peuvent alors introduire ces marchandises dans les circuits commerciaux.

71. Premièrement, la quatrième phrase de l'article 46 ne réserve pas aux "circonstances exceptionnelles" l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises contrefaites qui ont été saisies. Les États-Unis mésinterprètent le texte même de la quatrième phrase de l'article 46 afin de ne réserver qu'aux circonstances exceptionnelles l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises contrefaites qui ont été saisies. La quatrième phrase n'impose pas une interdiction, mais plutôt un seuil qui, lorsqu'il est atteint au moyen de mesures allant au-delà du "simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite", permet l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

72. Deuxièmement, l'idée maîtresse et le sens courant de la quatrième phrase de l'article 46, en particulier du terme "introduction", ne sont pas la vente publique de la marchandise saisie, mais le retour de la marchandise au contrevenant – qui pourrait alors la réintroduire dans les circuits commerciaux.

73. De même, l'exemption pour "circonstances exceptionnelles" au titre de la quatrième phrase de l'article 46 – et la restriction relative à l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises saisies – concernent la remise des marchandises saisies au contrevenant. Si cette exception concerne exclusivement la remise des marchandises saisies aux contrevenants, alors il en va de même de la portée de la restriction elle-même.

74. Troisièmement, la quatrième phrase de l'article 46 vise à empêcher les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, après que seules les marques aient été retirées. Il ressort de l'historique des négociations que le but de la quatrième phrase de l'article 46 est de faire en sorte que les autorités privent les contrevenants des avantages économiques liés aux marchandises, pas d'empêcher le retour des marchandises saisies dans les circuits commerciaux.

b) Les douanes chinoises satisfont aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46

75. Les douanes chinoises satisfont à toute obligation résultant de la quatrième phrase de l'article 46 parce que, avant la vente aux enchères, elles prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite et qui empêchent ainsi les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies: elles éliminent tous les éléments contrefaits et pas seulement la marque contrefaite; elles demandent formellement au détenteur du droit de présenter des observations; et, ce qui est plus important, elles fixent un prix de réserve, sur la base d'une expertise, pour la vente aux enchères des marchandises saisies. Ces mesures sont manifestement suffisantes au regard de la quatrième phrase de l'article 46 pour permettre l'introduction dans les circuits commerciaux dans le cadre d'une vente aux enchères.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION: LES MESURES DE LA CHINE VISANT À PROTÉGER ET À FAIRE RESPECTER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

76. S'agissant de la troisième allégation, la principale affirmation des États-Unis a toujours été qu'en raison de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, la Chine ne protégeait pas le droit d'auteur sur des œuvres à différentes étapes de la procédure d'examen du contenu. En fait, comme la Chine l'a démontré, les efforts déployés par les États-Unis pour établir un lien entre l'article 4(1) et la procédure d'examen du contenu sont entachés d'un vice rédhibitoire.

77. La Chine note que les États-Unis semblent désormais formuler l'argument selon lequel l'article 4(1), tel qu'il est libellé, contrevient à l'Accord sur les ADPIC. C'est aussi une affirmation erronée. La Chine a démontré que le pouvoir souverain d'interdire des œuvres, reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne, permet effectivement aux Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC de maintenir une disposition légale telle que l'article 4(1). La Chine note aussi que les États-Unis n'ont pas démontré que l'article 4(1) avait le moindre effet défavorable sur la protection du droit d'auteur en Chine.

A. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS FOURNI D'ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* EN CE QUI CONCERNE PRATIQUEMENT TOUTES LES THÉORIES JURIDIQUES QU'ILS ONT AVANCÉES DANS LE CADRE DE LEUR TROISIÈME ALLÉGATION

78. S'agissant de l'ensemble des théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu (dénommées collectivement "théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu" dans la présente section), les États-Unis n'ont fourni au Groupe spécial aucun élément de preuve à l'appui de leurs théories. En revanche, la Chine a fourni au Groupe spécial des éléments de preuve pertinents réfutant les théories des États-Unis. Par conséquent, le Groupe spécial est aux prises avec une situation dans laquelle les États-Unis n'ont apporté aucun élément de preuve à l'appui de leurs allégations. Selon les règles de l'OMC, les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* le bien-fondé de leurs allégations.

1. Le droit de l'OMC exige que soit déboutée la partie plaignante qui n'établit pas le bien-fondé de son allégation

79. Les États-Unis ont contesté "en tant que tel" l'article 4(1). L'Organe d'appel a dit qu'il "suppos[ait]" que les mesures visées par des contestations "en tant que tel" avaient "normalement fait l'objet, conformément au droit interne, d'un examen approfondi … afin d'assurer leur compatibilité avec les obligations internationales du Membre" et qu'il existait une forte présomption et qu'il y avait tout lieu de croire que la mesure n'était "pas incompatible avec ces obligations".

2. Les théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu partent du principe que la protection du droit d'auteur est subordonnée à l'examen du contenu, mais les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve à l'appui de cette allégation

80. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont allégué à tort que la Chine ne protégeait pas le droit d'auteur en ce qui concerne 1) les œuvres dont le résultat de l'examen du contenu n'était pas encore connu, 2) la version non révisée d'une œuvre qui avait été révisée pour que son contenu passe l'examen avec succès, 3) les œuvres dont le contenu avait été refusé à l'issue de l'examen, et 4) les œuvres qui n'avaient jamais été soumises à l'examen.

81. Les États-Unis, lorsqu'ils formulent leurs théories relatives à l'examen du contenu, doivent s'acquitter clairement en particulier de la charge de prouver dans les faits que l'article 4(1) est un régime d'autorisation préalable à la publication.

82. À aucun moment les États-Unis ne citent un seul élément à l'appui de cette thèse. Apparemment, les États-Unis présument que cette idée ressort du texte de façon évidente. Mais le texte de l'article 4(1) ne dit rien au sujet de l'examen du contenu, et la réglementation relative à l'examen du contenu ne dit rien au sujet du droit d'auteur. En fait, les théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu ne sont nullement étayées par le libellé du texte.

3. L'allégation des États-Unis selon laquelle la Chine ne protège pas le droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres dont la distribution n'a pas encore été autorisée en Chine est manifestement erronée: les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* le bien-fondé de leur allégation

83. La Chine n'a pas l'obligation de prouver que sa loi est compatible avec les règles de l'OMC. La charge incombe aux États-Unis. La charge de réfuter une allégation n'est pas déplacée vers la partie défenderesse, sauf si la partie plaignante fournit des éléments *prima facie* suffisants. Toutefois, la Chine a fourni au Groupe spécial et aux États-Unis des éléments de preuve factuels et une analyse juridique exhaustifs qui démontrent le fonctionnement de ses lois.

a) La Chine a fourni une analyse juridique exhaustive, étayée par des éléments de preuve, afin de démontrer que la protection du droit d'auteur n'était pas subordonnée à l'examen du contenu

84. La procédure d'examen du contenu demeure, du point de vue administratif, distincte du droit d'auteur. Comme la Chine l'a expliqué en détail dans sa première communication écrite et dans ses réponses aux questions du Groupe spécial, l'examen du contenu est réalisé par un certain nombre d'organismes relevant du Conseil des affaires de l'État. Les organismes chargés de l'examen du contenu n'appliquent pas l'article 4(1), pas plus qu'ils n'appliquent les lois sur le droit d'auteur.

b) Les avis rendus dans le cadre de l'affaire Zheng Haijin confirment que les œuvres bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur, indépendamment de leur statut en ce qui concerne l'autorisation de publier

85. L'affirmation des États-Unis selon laquelle les œuvres qui n'ont pas été examinées sont illégales est tout simplement fausse. Pour illustrer ce fait, la Chine a présenté une analyse de l'affaire *Zheng Haijin* dans sa première communication écrite. La signification essentielle de l'affaire *Zheng Haijin* est que, même si une œuvre contrevient à la réglementation en matière de publication – par exemple, une œuvre distribuée sans autorisation ou sans que l'examen prescrit n'ait été achevé – elle est néanmoins protégée par la Loi sur le droit d'auteur dès lors que son contenu n'est pas illégal.

c) L'affirmation des États-Unis selon laquelle l'action engagée par la NCAC pour assurer le respect d'un droit dans l'affaire *Shrek II* ne relevait pas de la Loi sur le droit d'auteur est manifestement fausse

86. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont avancé la thèse selon laquelle, dans l'affaire *Shrek II*, la NCAC avait engagé une action en application des lois sur la concurrence déloyale, et non au titre de la Loi sur le droit d'auteur. À partir de cette observation inexacte, les États-Unis sont arrivés à la conclusion que la NCAC n'avait pas agi en application de la Loi sur le droit d'auteur, parce que l'œuvre *Shrek II* n'avait pas encore été examinée et que, par conséquent, elle ne pouvait pas bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur. La Chine a démontré le contraire: non seulement la NCAC pouvait engager une action en application de la Loi sur le droit d'auteur, mais elle l'a fait. La Chine a clarifié cette question dans sa première communication écrite.

B. ABSTRACTION FAITE DE LA CHARGE DE LA PREUVE, LA CHINE A DÉMONTRÉ QUE LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR N'ÉTAIT PAS SUBORDONNÉE À UNE FORMALITÉ

87. En Chine, le droit d'auteur est accordé automatiquement, sans aucune formalité. L'article 5(2) de la Convention de Berne concerne des prescriptions administratives telles que l'apposition d'une marque, l'enregistrement, le dépôt d'exemplaires ou le paiement de taxes. La Chine n'impose pas de telles exigences aux auteurs visés par la Convention de Berne, que ce soit avant l'octroi du droit d'auteur ou avant de le faire respecter. Même si, pour certaines œuvres, l'examen du contenu peut être qualifié de formalité préalable à la publication, il ne peut en aucun cas être qualifié de formalité préalable à l'exercice du droit d'auteur. Les affaires de droit d'auteur ne relèvent pas du système d'examen du contenu. Comme la Chine l'a indiqué, dans l'affaire *Zheng Haijin*, la NCAC tout comme la Cour populaire suprême ont affirmé que, en droit chinois, c'était l'illégalité effective du contenu qui était en cause dans les affaires relevant de l'article 4(1), pas le processus d'examen du contenu lui-même.

C. L'AFFIRMATION DES ÉTATS-UNIS SELON LAQUELLE LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 4(1) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR CONTREVIENT À L'ACCORD SUR LES ADPIC EST FAUSSE EN FAIT ET EN DROIT

88. Étant donné que les États-Unis n'ont pas étayé leurs théories relatives à l'examen du contenu, il ne leur reste qu'un argument: l'affirmation selon laquelle le texte de l'article 4(1), indépendamment de la façon dont il est susceptible d'être appliqué, contrevient à l'article 5(1) de la Convention de Berne et, partant, empêche de faire respecter les droits, comme le prévoient les articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis n'ont pas abordé clairement cette question dans leur première communication écrite. Apparemment, ils affirment désormais que leur allégation principale a toujours porté sur le libellé.

1. La Chine reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC: la portée et l'application de l'article 4(1) sont extrêmement limitées et ne portent pas atteinte aux droits prévus par l'Accord sur les ADPIC

89. La loi chinoise reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC. La Chine reconnaît le droit d'auteur en ce qui concerne toutes les catégories d'œuvres littéraires et artistiques, et la loi chinoise garantit tous les droits matériels prescrits par l'Accord sur les ADPIC, et même des droits allant bien au-delà de ce qui est prévu. Comme les États-Unis l'ont admis, l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur confère 17 droits moraux et économiques fondamentaux, dont peuvent bénéficier les titulaires de droits d'auteur. Et en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, les œuvres d'auteurs chinois et d'auteurs étrangers sont protégées par le droit d'auteur dès leur création, sans aucune formalité ni condition préalable, que l'œuvre soit publiée ou non.

90. La Chine demande au Groupe spécial de reconnaître que l'article 4(1) est parfaitement compatible avec le pouvoir de censure reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne. Son effet est négligeable à la fois pour ce qui est de son incidence sur le marché et en ce qui concerne l'annulation ou la réduction d'avantages pour les Membres.

a) La Chine reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC

91. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore les articles 1er à 21 de la Convention de Berne et renvoie au texte de la Convention de Berne pour une explication complète des obligations incombant aux Membres. En droit chinois, c'est l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur qui met directement en œuvre les droits conférés aux auteurs dans le cadre de la Convention de Berne. Dès lors que le droit d'auteur est accordé en vertu de la Convention de Berne, il est protégé par le droit

chinois. La Chine accorde aux auteurs toutes les protections fondamentales prévues par la Convention de Berne, et d'autres encore, en vertu de l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur.

b) La portée et l'application de l'article 4(1), si elles sont correctement interprétées, sont extrêmement limitées et parfaitement compatibles avec les principes souverains reconnus dans l'article 17 de la Convention de Berne

92. L'article 4(1), s'il est correctement interprété, reconnaît simplement que la protection du droit d'auteur est vide de sens dans certaines circonstances: il repose sur le principe fondamental voulant que la loi chinoise n'assurera pas la protection du droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres dont le contenu est déjà illégal.

93. Par conséquent, la portée et l'application de l'article 4(1) sont extrêmement limitées. Une œuvre est protégée par le droit d'auteur en vertu de l'article 2, sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer si elle est illégale.

94. Aux termes de l'article 4(1), dans la mesure où une partie est en droit d'exploiter l'œuvre, c'est le titulaire du droit. Si à un moment l'œuvre n'est plus "illégale", c'est le titulaire du droit et les cessionnaires qui bénéficient de la protection.

2. Le droit souverain d'interdire des œuvres est reconnu par le droit international, la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC, et il n'est pas limité par ces accords

95. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît expressément l'existence d'un domaine souverain préexistant et distinct auquel l'Accord sur les ADPIC ne peut pas porter atteinte. Il s'agit du droit dont disposent les gouvernements souverains de surveiller et d'interdire la production et la distribution de certaines œuvres. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît ce droit souverain et enlève effectivement toute compétence à l'OMC dans ce domaine. L'article 17 de la Convention de Berne, à la fois parce qu'il réserve cet aspect sensible de la puissance publique au souverain, et en raison de son sens courant, demande une interprétation large et une grande déférence.

96. L'Accord sur les ADPIC incorpore l'ensemble des droits matériels prévus par la Convention de Berne, ainsi que la reconnaissance expresse à l'article 17 que ces droits matériels sont subordonnés au droit d'interdire inhérent au pouvoir souverain. Ainsi, en cas de conflit entre les droits conférés à un auteur par la Convention de Berne et le privilège de censurer accordé au souverain en vertu de l'article 17 de la Convention de Berne, ce dernier prime.

3. L'article 17 de la Convention de Berne demande une interprétation large et une grande déférence et, même si l'on retient l'interprétation la plus restrictive, la loi chinoise n'enlève aucun des droits dont bénéficierait le contenu interdit

97. Même si l'article 17 de la Convention de Berne était interprété comme limitant et définissant le droit souverain d'interdire des œuvres – ce qui, selon la Chine, est inexact – la loi chinoise ne contreviendrait toujours pas à la Convention de Berne ni à l'Accord sur les ADPIC. Il en est ainsi pour deux raisons: tous les droits économiques conférés aux auteurs en vertu de l'un ou l'autre des accords sont limités par l'article 17 de la Convention de Berne, et le droit fondamental en ce qui concerne l'exécution de l'Accord sur les ADPIC consiste à donner aux auteurs des moyens d'"action efficace". Ne pas accorder le droit personnel de limiter la publication d'un contenu qui a déjà été interdit par les pouvoirs publics n'empêche aucunement une action "efficace".

a) Tous les droits économiques dont bénéficient les auteurs sont limités par l'article 17 de la Convention de Berne

98. Les droits résultant de l'Accord sur les ADPIC sont des droits économiques. Les droits garantis par la Convention de Berne consistent à autoriser certains usages d'une œuvre, qui sont par ailleurs admissibles. Tous les droits économiques positifs qui y sont prévus peuvent donc être limités en vertu de l'article 17 de la Convention de Berne.

99. Étant donné que tous les droits économiques prévus par la Convention de Berne sont limités par l'article 17 de ladite convention, le refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur aux œuvres qui sont illégales au titre de l'article 4(1) ne peut pas contrevenir à l'article 5(1) de la Convention de Berne et ne peut donc pas contrevenir non plus à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

b) Il n'existe aucun droit d'avoir recours aux moyens d'exécution prévus dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les œuvres interdites

100. Les États-Unis n'ont pas démontré que la Chine avait l'obligation d'accorder les droits de mise à exécution des moyens prévus par l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les œuvres interdites, en dépit de l'argument qu'ils ont avancé dans leur première communication écrite. L'obligation fondamentale qui découle de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC est énoncée dans l'article 41:1. Cet article enjoint aux Membres de faire en sorte que leur législation comporte des procédures, "de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord ...".

101. À la lumière de cette disposition, l'allégation des États-Unis est infondée pour deux raisons. Premièrement, des procédures destinées à faire respecter les droits ne doivent être prévues que pour les droits couverts par l'Accord sur les ADPIC. Si un droit n'est pas couvert par l'Accord sur les ADPIC, alors il n'existe aucune obligation de le faire respecter. Deuxièmement, le contenu en cause en l'espèce a été interdit par les pouvoirs publics. Personne, pas plus l'auteur que le contrevenant, n'est autorisé à publier ou à distribuer l'œuvre. Ainsi, au lieu d'accorder à l'auteur le pouvoir d'interdire la publication, le souverain lui-même interdit la publication – interdiction que l'on veille à faire respecter strictement. Alors, par définition, la Chine a mis en place une procédure permettant une "action efficace" contre toute tentative visant à publier ce contenu. Celui-ci est totalement interdit.

4. L'interdiction publique prend complètement le pas sur le droit personnel de censure

a) Ni la Convention de Berne ni l'Accord sur les ADPIC n'accordent un droit de publication: l'application du droit d'auteur confère le droit personnel de censurer des œuvres qui sinon pourraient être publiées

102. La Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC servent principalement à garantir à l'auteur le droit d'interdire la publication de son œuvre par d'autres. L'accès à un marché n'est pas garanti. En d'autres termes, le droit d'auteur international ne confère pas le droit de publier.

b) Aucun véritable droit personnel de censure ne peut subsister lorsqu'une œuvre est totalement interdite

103. Lorsque les gouvernements exercent leur pouvoir souverain de censure, l'exercice des droits personnels n'a plus de raison d'être: la copie non autorisée est interdite. Le droit d'auteur existe toujours, mais il n'est pas nécessaire de l'appliquer: le contenu est interdit. Il ne peut pas être

légalement copié, adapté, traduit et encore moins distribué. L'application du droit d'auteur est donc dénuée de sens dans ce contexte.

c) Aux États-Unis, des interdictions font que les droits des auteurs ne sont pas non plus protégés dans les faits

104. La législation des États-Unis module de la même façon la protection du droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres obscènes, et en particulier la pornographie enfantine. Cette fonction est compatible avec le pouvoir prépondérant conféré par l'article 17 de la Convention de Berne.

D. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS PRÉSENTÉ D'ÉLÉMENTS À L'APPUI DE L'UNE QUELCONQUE DE LEURS THÉORIES RELATIVES À L'EXAMEN DU CONTENU, NI DE LEUR AUTRE ENSEMBLE D'ALLÉGATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 4(1): PAR CONSÉQUENT, LE GROUPE SPÉCIAL DEVRAIT SE PRONONCER EN FAVEUR DE LA CHINE EN CE QUI CONCERNE CES QUESTIONS

1. La charge de la preuve incombe à la partie plaignante

105. Conformément à la jurisprudence constante de l'Organe d'appel, la partie plaignante doit à la fois dûment faire valoir ses prétentions et établir le bien-fondé de son allégation. À défaut d'éléments de preuve suffisants, le défendeur n'a à s'acquitter d'aucune charge: la partie plaignante doit fournir des éléments *prima facie* et les étayer. En l'absence d'éléments de preuve autres que ceux qui ont été dûment réfutés, on ne peut pas conclure que la partie plaignante s'est acquittée de la charge qui lui incombait.

2. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait

106. S'agissant de leurs théories relatives à l'examen du contenu, les États-Unis n'ont absolument pas démontré que le droit chinois fait de l'examen du contenu une condition préalable à l'octroi du droit d'auteur.

107. En ce qui concerne les autres allégations des États-Unis relatives à l'article 4(1), les seuls éléments de preuve présentés par les États-Unis sont le texte de la disposition elle-même. La Chine a présenté une argumentation détaillée au sujet de la nature du droit d'auteur international et de l'économie de la Convention de Berne, et a démontré que le droit chinois et la pratique de la Chine à cet égard n'étaient pas incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE B-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je vous remercie. Les États-Unis ont avancé trois allégations juridiques contre la Chine dans ce différend. Dans chacune de ces allégations, les États-Unis ont présenté les lois chinoises de manière inexacte, et ils demandent au Groupe spécial d'élargir considérablement la portée des obligations juridiques dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

2. La Chine pense que le Groupe spécial devra aborder plusieurs questions cruciales lorsqu'il examinera le sens d'un certain nombre d'obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC. Ces questions sont notamment les suivantes: Quel est l'équilibre approprié qu'établissent entre les obligations et les droits, et entre les contraintes juridiques et le respect des systèmes juridiques locaux, les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC? Quelle est la portée appropriée des prérogatives souveraines fondamentales telles que l'application du droit pénal et le pouvoir d'interdire la publication? Quel est le rôle approprié des principes traditionnels du droit tels que *in dubio mitius*?

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

3. La Chine voudrait répondre à la première allégation des États-Unis, selon laquelle le droit pénal chinois n'est pas conforme à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que les Membres doivent appliquer des mesures pénales aux actes délibérés de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale.

4. Premièrement, la définition de l'"échelle commerciale" avancée par les États-Unis est elle-même vague et ambiguë et ne définit aucun critère clair à l'aune duquel peut être mesuré le respect de l'article 61.

5. Deuxièmement, l'usage pratique de l'expression "échelle commerciale" indique qu'elle s'applique à une activité d'une ampleur considérable. La Chine a présenté plusieurs exemples dans lesquels les mots "échelle commerciale" sont employés comme locution nominale s'appliquant à une activité d'une ampleur considérable. Les États-Unis, par contre, se contentent d'élaborer un sens à partir des définitions de mots isolés. Cependant, le sens ordinaire d'une expression, c'est celui dans lequel cette expression est utilisée en fait.

6. Troisièmement, avec "échelle commerciale", le Groupe spécial se trouve confronté à une expression dont le sens est pour le moins imprécis et douteux. La Chine estime que le Groupe spécial doit tenir compte de deux principes juridiques cruciaux face à cette imprécision. Le premier de ces principes est que, en vertu de l'article 31.1 de la Convention de Vienne, le sens de "échelle commerciale" doit être recherché dans son contexte. Le contexte pertinent est essentiellement composé des articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC, qui traitent de la déférence due aux normes, aux systèmes de droit et au caractère limité des ressources des Membres et qui ont été des concessions cruciales faites aux pays en développement dans les dernières négociations de l'Accord sur les ADPIC. Ils donnent à penser que l'Accord sur les ADPIC n'aurait pas imposé de règles contraignantes et intrusives concernant le régime de répression pénale des Membres. Le second principe juridique que le Groupe spécial doit avoir à l'esprit est celui de *in dubio mitius*, selon lequel les obligations juridiques ambiguës devraient être interprétées de manière à limiter au minimum l'intrusion dans la souveraineté des Membres. Il ressort de ce principe que, bien que les pays aient le

droit de céder de leur pouvoir en matière de droit pénal interne, ils ne devraient pas être facilement présumés l'avoir fait.

7. Quatrièmement, les États-Unis réclament pour eux-mêmes un pouvoir d'appréciation considérable dans la manière dont ils appliquent l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont raison de dire que les Membres ont un pouvoir d'appréciation discrétionnaire en matière de répression pénale – mais ils se trompent en voyant la source de ce pouvoir dans l'article 61. En fait, c'est la notion large et souple d'"échelle commerciale" qui est à l'origine de ce pouvoir.

8. La Chine va maintenant dire quelques mots de son propre système juridique. Non seulement les États-Unis interprètent mal le critère de l'"échelle commerciale" de l'Accord sur les ADPIC, mais ils ont aussi systématiquement présenté de façon déformée le régime pénal chinois.

9. À cet égard, les États-Unis commettent trois grandes erreurs. La première est que, fréquemment, ils ne prennent pas en considération l'ensemble des éléments de preuve qui sont juridiquement pertinents pour le droit pénal chinois. La deuxième erreur est qu'ils ne tiennent aucun compte des lois pénales générales de la Chine. Ces lois pénales générales sont des "procédures et sanctions pénales" applicables aux actes de contrefaçon et de piratage commis à l'échelle commerciale au sens de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. La troisième erreur est que les États-Unis ne prennent en considération qu'un moment ponctuel de violation des droits; le droit pénal chinois tient compte de toute la période de violation, et ne se contente pas d'en saisir un instantané.

10. La Chine souhaite faire une dernière observation concernant le rapport de l'Alliance chinoise pour le droit d'auteur ("CCA"). Les États-Unis déclarent à tort que ce rapport montre que, dans la "grande majorité des points de vente au détail", les opérations restent en deçà des seuils d'infraction pénale de la Chine.

11. Le rapport CCA rend compte des perquisitions administratives. Les États-Unis en tirent par extrapolation des conclusions sur l'état général de la contrefaçon. Il y a là une faille de logique: de même que personne ne chercherait à mesurer la fréquence des meurtres à partir des rapports de la police de la circulation, de même personne ne devrait supposer que les perquisitions administratives sont représentatives de l'ensemble des mesures chinoises de répression, qui portent sur des activités de bien plus grande envergure que celles qui relèvent du droit administratif.

12. En résumé, la Chine conclut que la première allégation des États-Unis n'est pas fondée. Les États-Unis n'ont démontré ni que l'article 61 impose un critère spécifique et de faible échelle, ni que le droit pénal chinois ne frappe pas certaines activités menées à l'échelle commerciale.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

13. La Chine va maintenant examiner la deuxième allégation avancée par les États-Unis. Avant de passer aux questions de fond que celle-ci soulève, cependant, la Chine a une remarque importante à faire concernant la procédure: dans la présente procédure, les États-Unis n'ont absolument pas soutenu que les lois chinoises régissant la mise hors circuit des marchandises destinées à l'exportation sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont indiqué clairement qu'ils "ne prennent pas position" quant à l'applicabilité de l'article 59 à ces marchandises. Le Groupe spécial devrait donc décider que les mesures de la Chine concernant les marchandises destinées à l'exportation ne sont pas visées par l'allégation des États-Unis touchant l'article 59.

14. S'agissant du fond de l'allégation des États-Unis, deux éléments distincts sont en cause: l'interprétation correcte de la première phrase de l'article 46, telle qu'elle s'applique à l'article 59, et la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle s'applique à l'article 59. Les États-Unis n'ont pas démontré que la Chine viole l'Accord sur les ADPIC dans un cas ou dans l'autre.

15. Le premier point est celui de savoir si la Chine s'acquitte de son obligation de donner aux douanes des pouvoirs de mise hors circuit et de destruction appropriés. En ce qui concerne la mise hors circuit, la Chine a démontré que ses services douaniers ont le pouvoir de disposer des marchandises saisies en dehors des circuits commerciaux en en faisant don à des organismes d'aide sociale et en les vendant directement aux détenteurs de droits intéressés. Le seul point de désaccord concerne la question de savoir si les douanes peuvent appliquer ces méthodes de disposition de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

16. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont exprimé la crainte, complètement dépourvue de fondement, qu'il soit fait don de marchandises défectueuses ou dangereuses et que ces marchandises nuisent à la réputation des détenteurs de droits ou entraînent des demandes en justice injustifiées. Ni les faits, ni le droit chinois applicable n'ont apporté la moindre confirmation à cette allégation, et les États-Unis ont en fait complimenté les douanes chinoises de leurs dons à la Croix-Rouge. Dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, les États-Unis ont ensuite allégué pour la première fois que les marchandises contrefaites normales pouvaient aussi nuire à la réputation des détenteurs de droits. Les douanes chinoises, cependant, prennent déjà des mesures pour empêcher ce préjudice théorique au détenteur du droit.

17. L'autre préoccupation apparente des États-Unis est que les organismes d'aide sociale revendent les marchandises qui leur ont été données. Cette crainte est également sans objet. Selon la loi chinoise, les douanes sont tenues de veiller à ce que les marchandises reçues en don soient utilisées exclusivement par les organismes d'aide sociale. À cet égard, elles exercent avec diligence leur responsabilité légale.

18. La Chine demande respectueusement au Groupe spécial de noter qu'elle se conforme pleinement à l'Accord sur les ADPIC en faisant en sorte que ses douanes aient le pouvoir d'ordonner le don des marchandises saisies de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

19. En vertu de la première phrase de l'article 46, telle qu'appliquée par l'article 59, la Chine doit conférer à ses services douaniers un pouvoir de destruction ainsi qu'un pouvoir de mise hors circuit. Elle satisfait pleinement à cette obligation.

20. Les États-Unis ne confèrent à leurs propres douanes qu'une compétence conditionnelle, et ils insistent d'ailleurs pour que la Chine fasse de même. Mais ils n'ont donné au Groupe spécial aucun argument indiquant les raisons pour lesquelles leur manière de fixer des conditions est appropriée, alors que la série d'étapes prévue par la Chine ne le serait pas.

21. La Chine a mis en évidence plusieurs aspects du pouvoir de destruction approprié qu'elle confère à ses douanes: pouvoir d'appréciation considérable, exercice de l'indépendance et de l'autonomie, poursuite des intérêts légitimes du gouvernement et conformité aux principes des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine a expliqué que les services douaniers ont le pouvoir de destruction exigé par l'Accord sur les ADPIC et que, dans la pratique, la majorité des marchandises saisies par les douanes sont en fait détruites par elles dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

22. En résumé, la Chine a conféré à ses douanes le pouvoir approprié d'écarter des circuits commerciaux les marchandises saisies, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Elle a aussi conféré à ses douanes le pouvoir approprié de détruire ces marchandises. Ce faisant, elle satisfait pleinement à ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

23. Le second point de la deuxième allégation concerne la quatrième phrase de l'article 46. Comme l'a expliqué la Chine, l'article 59 ne semble pas incorporer cette disposition. L'article 59 mentionne les "principes énoncés à l'article 46". Toutefois, ces "principes" n'ont pas d'effet sur la

mise hors circuit et la destruction, comme les États-Unis le prétendent: ils ont effet sur le pouvoir de les ordonner.

24. Cependant, même si l'article 59 était interprété comme incorporant la quatrième phrase de l'article 46, la Chine serait en pleine conformité avec cette disposition.

25. Les États-Unis affirment, dans leur communication présentée à titre de réfutation, que cette phrase signifie que les marchandises contrefaites saisies peuvent être introduites dans les circuits commerciaux seulement dans des cas exceptionnels. Mais l'interprétation que les États-Unis font du texte néglige complètement le mot "suffisant". En fait, ce mot "suffisant" établit clairement un seuil: certains actes (par exemple le simple retrait de la marque) ne permettent pas normalement l'introduction dans les circuits commerciaux, alors que certains actes non spécifiés qui vont au-delà du retrait de la marque permettent cette introduction.

26. Cette interprétation textuelle évidente est confirmée à plusieurs égards. Premièrement, il ressort clairement – de l'historique des négociations et des commentaires – que ces cas exceptionnels visaient la remise des marchandises saisies au contrevenant non professionnel.

27. Deuxièmement, la crainte suscitée par la quatrième phrase semble être que les contrevenants puissent récupérer à bon marché les marchandises saisies, attendre un nouveau lot de marques contrefaites et poursuivre leurs opérations de contrefaçon.

28. Il convient d'interpréter la quatrième phrase comme autorisant la vente publique lorsque les autorités prennent les mesures nécessaires – allant au-delà du retrait de la marque contrefaite – pour empêcher les contrevenants de récupérer à bas prix les marchandises saisies et d'y apposer à nouveau les marques contrefaites.

29. Selon la Chine, le dossier dont est saisi le Groupe spécial est clair: les douanes chinoises agiraient en pleine conformité avec la quatrième phrase de l'article 46, même si celle-ci était considérée comme applicable. Outre qu'elles retirent des marchandises la marque contrefaite, les douanes éliminent les autres éléments contrefaisants, invitent le détenteur du droit à faire des observations et – ce qui est le plus important – fixent un prix de réserve dans la vente aux enchères. Le prix de réserve garantit que les contrevenants paient le prix du marché pour reprendre possession de la marchandise et qu'ils ne peuvent donc pas poursuivre à peu de frais leurs opérations de contrefaçon.

30. L'option de la vente aux enchères par les douanes chinoises ne viole pas la première phrase de l'article 46, telle qu'incorporée dans l'article 59, parce qu'il suffit que les douanes aient la compétence voulue en matière de mise hors circuit et de destruction. Elle ne viole pas non plus la quatrième phrase de l'article 46, même si l'on suppose que celle-ci s'applique à l'article 59, parce que les douanes prennent des mesures importantes qui ne se limitent pas au simple retrait de la marque contrefaite.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

31. La Chine va maintenant aborder la troisième allégation des États-Unis. Celle-ci a trait à l'article 4.1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur.

32. L'allégation initiale des États-Unis était centrée sur le système chinois d'examen du contenu des œuvres. À cet égard, cette allégation reposait sur une méconnaissance complète de la loi chinoise, et les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait.

33. L'incapacité des États-Unis à étayer leurs allégations mérite d'être relevée. Au paragraphe 198 de leur première communication écrite, les États-Unis énonçaient quatre affirmations principales contraires à la vérité et non fondées.

34. Premièrement, les États-Unis affirmaient que la Loi chinoise sur le droit d'auteur ne "conférait aucune protection aux œuvres pour lesquelles l'examen du contenu était en instance en Chine". La Chine a cependant présenté au Groupe spécial un exemple concret de ces mesures: les mesures d'exécution prises par la NCAC dans l'affaire *Shrek II*, protégeant le droit d'auteur sur une œuvre pour laquelle l'examen du contenu n'était pas terminé.

35. Deuxièmement, les États-Unis ont affirmé que, lorsqu'une œuvre n'est jamais soumise à l'examen du contenu, la Chine ne "protège par le droit d'auteur". La Chine a fourni une analyse juridique montrant que ces œuvres sont bien en fait protégées par le droit d'auteur, en donnant des exemples de mesures d'exécution visant à protéger le droit d'auteur sur ces œuvres.

36. Troisièmement, les États-Unis ont déclaré que, lorsqu'une œuvre est révisée pour que son contenu puisse être approuvé, la Loi chinoise sur le droit d'auteur "ne protège pas le droit d'auteur sur la version dont la distribution n'a pas été autorisée en Chine". La Chine a démontré que ces œuvres sont bel et bien protégées par le droit d'auteur: la NCAC, par sa circulaire n° 55, a établi des procédures visant à protéger 700 films des États-Unis, sans chercher à savoir si ces films avaient été révisés pour que leur contenu satisfasse à l'examen.

37. Quatrièmement, les États-Unis ont contesté l'examen du contenu auquel procède la Chine en soutenant que les œuvres qui ne satisfont pas à cet examen ne reçoivent pas la protection par le droit d'auteur. La Chine a démontré qu'elle protège le droit d'auteur sur le contenu légal de l'œuvre, même si l'ensemble de l'œuvre ne satisfait pas à l'examen du contenu.

38. Dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, les États-Unis se sont contentés de réitérer leurs théories erronées, en insistant cette fois sur l'affirmation selon laquelle l'examen du contenu impose une formalité "à la jouissance et à l'exercice" du droit d'auteur, en violation de l'article 5 2) de la Convention de Berne. Cela n'est pas vrai.

39. Les États-Unis n'ayant pas réussi à prouver leurs arguments concernant l'examen du contenu, il ne subsiste de leur allégation qu'une contestation au sujet du libellé même de l'article 4.1 de la Loi sur le droit d'auteur. À titre liminaire, la Chine tient à souligner que les États-Unis n'ont pas été en mesure de produire un seul exemple d'application de cet article 4.1 de la Loi sur le droit d'auteur.

40. Cela dit, la Chine considère que le Groupe spécial devrait commencer son analyse de cette contestation du libellé de l'article 4.1 en se reportant à l'article 17 de la Convention de Berne.

41. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît, sans le limiter, le droit souverain d'imposer une censure.

42. Les droits protégés par la Convention de Berne qui ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC sont les droits patrimoniaux. Quelle que soit la manière dont on interprète l'article 17 de la Convention de Berne, il n'y a plus de droits patrimoniaux à faire respecter dès lors qu'une œuvre est frappée par la censure publique.

43. Enfin, dans le cadre de leur contestation du libellé de l'article 4.1, les États-Unis ont soutenu que cet article refuse la protection par le droit d'auteur à une catégorie d'œuvres, en violation de l'article 2 et de l'article 5 1) de la Convention de Berne. Cela aussi est inexact. Même lorsqu'une œuvre a été jugée avoir un contenu illégal, la Chine continue de reconnaître les droits de l'auteur sur le

contenu légal de l'œuvre. Et ces droits seront protégés s'il est constaté qu'ils sont violés par une œuvre circulant légalement en Chine.

44. La Chine demande respectueusement au Groupe spécial de constater que les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur charge de la preuve s'agissant des arguments contenus dans leur troisième allégation, et de se prononcer en faveur de la Chine. Les États-Unis n'ont pas produit d'éléments de preuve étayant leur interprétation erronée de la loi chinoise, et ils n'ont pas démontré que l'article 4.1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur, telle qu'elle est libellée, viole l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE B-6

**DÉCLARATION ORALE FINALE DE LA CHINE
À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND**

I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, la République populaire de Chine tient à vous remercier pour le temps et l'attention que vous lui avez consacrés à cette réunion; elle vous remercie aussi d'avoir bien voulu siéger dans ce groupe spécial. Le soin avec lequel vous vous êtes préparés à examiner ce différend a été évident dans toute la procédure. La Chine tient aussi à exprimer sa gratitude au personnel du Secrétariat de l'OMC pour son excellent travail.

2. Nous avons maintenant échangé deux séries de communications écrites et tenu deux réunions de fond. Il convient de faire le point sur les questions cruciales en cause dans ce différend et d'examiner les tâches qui incombent encore au Groupe spécial.

3. Globalement, les États-Unis n'ont pas réussi à prouver leur thèse. Pour chacune de leurs trois allégations, la thèse des États-Unis repose sur des interprétations juridiques qui sont contraires aux accords en vigueur, et sur une méconnaissance du droit et de la pratique de la Chine. Sur bien des questions, les États-Unis n'ont même pas apporté d'éléments de preuve *prima facie*.

4. Permettez-moi de passer brièvement en revue les différentes allégations.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

5. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de conclure que les contrevenants doivent être passibles de sanctions pénales dès lors qu'ils "s'emploient sérieusement" à réaliser des bénéfices financiers. Bien que les États-Unis soutiennent qu'ils ne veulent pas par là proposer un critère de l'"intention", il est difficile de voir dans "la recherche de bénéfices financiers" autre chose qu'une intention. L'examen de la définition proposée par les États-Unis au cours de la présente réunion n'a rien apporté qui permette d'écarter cette conclusion.

6. Les États-Unis prétendent aussi que les règles d'interprétation des traités ne laissent "aucun doute" quant au sens du critère de l'"échelle commerciale". Si les États-Unis entendent par là qu'il n'existe aucun doute concernant le critère qu'ils proposent eux-mêmes, la Chine considère que l'examen de leur proposition à la présente réunion a, en fait, fait apparaître des raisons importantes de douter.

7. La Chine a démontré qu'un critère de l'intention analogue à celui que proposent les États-Unis a été expressément rejeté lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial devrait aussi rejeter ici un critère d'intention, quel que soit le nom qu'on lui donne.

8. Au lieu d'un critère d'intention, l'Accord sur les ADPIC a retenu un critère objectif fondé sur l'échelle des opérations portant atteinte au droit – le critère de l'"échelle commerciale". C'est ce critère que le Groupe spécial doit appliquer.

9. Dans l'application de ce critère, le Groupe spécial se trouve face à un défi: loin de ne donner lieu à aucun "doute", ce critère nécessite en fait un travail de définition considérable. Le Groupe spécial doit utiliser une notion très large – l'"échelle commerciale" – et l'appliquer aux modalités très concrètes de mise en œuvre d'un pays Membre. Les États-Unis n'ont pas proposé d'approche concrète et raisonnée permettant au Groupe spécial de le faire. Dans toutes leurs communications et au cours

de toutes les réunions tenues dans le présent différend, les États-Unis ont invoqué des exemples hypothétiques dans lesquels c'est leur propre conclusion qui est prise pour hypothèse. Ces exemples suivent tous le même modèle: ils décrivent une violation hypothétique, allèguent que cette violation n'atteint pas les seuils de la Chine et affirment que les opérations considérées constituent une violation à l'échelle commerciale. La Chine s'est déjà exprimée sur cette question, et elle ne répondra pas une nouvelle fois à ces exemples ce matin, mais elle note que le Groupe spécial devrait adopter un critère qui soit objectif et non pas imaginé à partir de faits hypothétiques.

10. La Chine, par contre, a fait au Groupe spécial deux propositions concrètes. Premièrement, elle a proposé une comparaison avec les statistiques officielles qui décrivent l'échelle effective du commerce en Chine. Deuxièmement, elle a comparé les seuils des délits contre la propriété intellectuelle et les seuils des autres délits commerciaux, en relevant l'importance de cette comparaison eu égard à la deuxième phrase de l'article 61 et à la déférence due aux systèmes nationaux selon les articles 1:1 et 41:5.

11. Dans la définition du critère d'échelle commerciale, le Groupe spécial devra prendre une décision qui fera date dans la jurisprudence sur l'Accord sur les ADPIC. La Chine le prie instamment d'appliquer un critère respectant les compromis adoptés au cours des négociations sur les ADPIC, tant dans le texte de l'article 61 lui-même que dans le contexte plus large des articles 1:1 et 41:5. En même temps, le Groupe spécial devrait adopter un critère qui soit susceptible d'application raisonnée aux mesures concrètes de mise en œuvre des Membres.

12. La Chine est convaincue que, si le Groupe spécial applique le critère qui convient, il constatera que les dispositions pénales prévues par la Chine en matière de propriété intellectuelle répondent à ce critère.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

13. S'agissant de la deuxième allégation, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de conclure que, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ne peuvent pas privilégier les dons des organismes caritatifs par rapport à la destruction. La Chine a déjà expliqué pourquoi ses douanes donnent la préférence à certaines méthodes de disposition, telles que les dons à des organismes caritatifs, par rapport à la destruction. Hier, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont une fois de plus pressé la Chine de subordonner le don des marchandises à l'approbation du détenteur du droit – exactement comme le font les États-Unis dans leur propre pratique. Les États-Unis paraissent approuver les restrictions au pouvoir des douanes qu'eux-mêmes privilégient, en rejetant en même temps les conditions qu'ils ne privilégient pas, comme de donner la priorité aux dons à des organismes caritatifs. De plus, les États-Unis continuent d'affirmer à tort que les douanes chinoises lèsent les détenteurs de droits en faisant des dons à des organismes caritatifs tels que la Croix-Rouge. La Chine a démontré en détail, avec de nombreuses lois et exemples concrets à l'appui, la manière dont les douanes évitent de causer un préjudice au détenteur du droit. Lorsque l'on leur a demandé à cette réunion des exemples concrets de dons à des organismes caritatifs qui auraient causé un préjudice aux détenteurs de droits en Chine, les États-Unis ont refusé de répondre, comme par le passé.

14. La Chine a été déçue du nombre d'incohérences et d'inexactitudes factuelles contenues dans la déclaration faite hier par les États-Unis. Par exemple, les États-Unis ont dit au Groupe spécial que les circonstances dans lesquelles le régime juridique chinois permet la destruction étaient "extrêmement restrictives", mais les données extraites de la pratique des douanes chinoises qui ont déjà été présentées dans le cadre du présent différend contredisent purement et simplement cette affirmation. Elles démontrent que les douanes font un large usage de l'option consistant en la destruction. Les États-Unis ont aussi remis aux parties et au Groupe spécial un tableau censé expliquer le régime de

mise hors circuit et de destruction de la Chine, mais ils ont ensuite reconnu que ce tableau était incomplet et qu'il ne tenait pas compte de plusieurs lois et options pertinentes.

15. Enfin, au moment où le Groupe spécial s'apprête à délibérer et à préparer ses constatations, la Chine lui demande respectueusement de tenir compte dans sa décision du fait que les États-Unis n'ont nullement plaidé que les lois chinoises régissant les moyens de disposer des marchandises destinées à l'exportation sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont indiqué clairement qu'ils ne "prennent pas position" concernant l'applicabilité de l'article 59 à ces marchandises. Le Groupe spécial devrait donc constater que les mesures chinoises concernant les marchandises destinées à l'exportation n'entrent pas dans le cadre de l'allégation des États-Unis relative à l'article 59.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

16. La Chine a présenté en détail les faiblesses de la thèse des États-Unis concernant la troisième allégation. Sur l'essentiel de la substance de cette allégation, les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments de preuve *prima facie*. Sur le reste, leurs arguments sont insuffisants, d'une part parce qu'ils sont axés sur une préoccupation hautement théorique, d'autre part, parce qu'ils sont contredits par l'interprétation la plus correcte de la Convention de Berne. La Chine a exposé ses points en détail dans ses communications écrites et elle ne les répétera pas ce matin.

17. La Chine doit, cependant, appeler l'attention du Groupe spécial sur certaines inexactitudes que les États-Unis ont faites dans l'exposé des faits et de la position de la Chine, dans le cadre de leur déclaration orale. Cette énumération n'est pas complète et la Chine n'abordera pas nombre d'affirmations contestables faites par les États-Unis, en particulier celles qu'elle a déjà réfutées. Toutefois, elle appelle l'attention aujourd'hui sur plusieurs erreurs particulièrement flagrantes qu'il lui faut à son avis relever formellement.

18. Premièrement, en l'absence de tout exemple concret d'application effective de l'article 4.1, les États-Unis, au paragraphe 69 de leur déclaration orale, se contentent d'imputer à l'article 4.1 la responsabilité de la contrefaçon en Chine. La Chine demande au Groupe spécial de constater que ce n'est là qu'une simple allégation, et non un fait, et que les États-Unis ne l'ont étayée en aucune façon.

19. Deuxièmement, au paragraphe 76, les États-Unis prétendent que l'article 4.1 refuse la protection par le droit d'auteur à toute œuvre pour laquelle un examen préalable à la publication est requis et n'a pas encore été effectué. Cela n'est tout simplement pas vrai. La Chine a démontré le contraire dans ses communications et elle relève en particulier que, même à ce stade tardif de la procédure, les États-Unis ne peuvent étayer cette affirmation ni par une analyse juridique, ni par un seul exemple.

20. Troisièmement, au paragraphe 77, les États-Unis prétendent que la Chine "reconnaît" que "que le défendeur fasse ou non valoir des moyens de défense, les tribunaux et la NCAC sont tenus de déterminer la légalité d'une œuvre *de novo*". La Chine proteste dans les termes les plus énergiques contre cette dénaturation de sa position. La Chine n'a rien admis de tel. Son observation a été faite dans le contexte d'une affaire qui *avait été* en fait portée devant le tribunal. Dès lors que le tribunal est saisi, si l'examen du contenu n'a pas été entrepris auparavant, le tribunal devra examiner la légalité du contenu *de novo*. C'est tout ce qu'a dit la Chine. La Chine *n'*est certainement *pas* d'avis que le tribunal doit ainsi procéder à un examen du contenu dans toutes les actions visant à obtenir le respect du droit d'auteur. La Chine note aussi que les États-Unis se trompent à nouveau sur ce point au paragraphe 78.

21. Quatrièmement, pour finir, les États-Unis, au paragraphe 79, font une très grosse erreur dans leur présentation de la loi chinoise. Ils allèguent que la procédure d'examen du contenu empêche la publication ou la diffusion de l'œuvre jusqu'à l'issue favorable de l'examen, puis essaient de relier

cette allégation au libellé de l'article 4.1. La Chine a développé abondamment ce point et elle ne répétera pas ici son analyse, mais elle demande au Groupe spécial de reconnaître l'affirmation des États-Unis pour ce qu'elle est: une allégation qui n'est tout simplement pas crédible. La Chine prie le Groupe spécial de demander davantage aux États-Unis – de leur demander une analyse juridique et des exemples concrets.

22. Ces erreurs, malheureusement, caractérisent une bonne partie de la thèse des États-Unis devant le Groupe spécial. La Chine prie respectueusement le Groupe spécial de prendre acte des failles de la thèse des États-Unis et de se prononcer en faveur de la Chine.

* * *

23. Ainsi prend fin la déclaration finale de la Chine. La Chine exprime à nouveau sa gratitude au Groupe spécial et au personnel de l'OMC pour tout leur travail et leur attention, et elle se fera un plaisir de répondre aux questions écrites du Groupe spécial.