ANNEXE A

COMMUNICATIONS DES ÉTATS-UNIS

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
A-1	Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis	A-2
A-2	Résumé analytique de la déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond	A-16
A-3	Déclaration orale finale des États-Unis à la première réunion de fond	A-22
A-4	Résumé analytique de la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation	A-26
A-5	Résumé analytique de la déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond	A-41
A-6	Résumé analytique de la déclaration orale finale des États-Unis à la deuxième réunion de fond	A-47

ANNEXE A–1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

1. La conclusion de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC") a constitué un important pas en avant dans les travaux menés au niveau international sur la protection des droits de propriété intellectuelle ("DPI"). Comme le Préambule de l'Accord l'indique clairement, les Membres de l'OMC ont tenu compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante de ces droits. Ils ont également reconnu la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant, entre autres choses, "l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques nationaux".

2. Les États-Unis reconnaissent que la Chine a entrepris des réformes législatives majeures pour créer un système moderne de DPI, dans le cadre des efforts qu'elle a déployés pour se conformer aux règles de l'Accord sur les ADPIC, avant et après son accession à l'OMC en 2001. En même temps, les États-Unis considèrent que les efforts de la Chine n'ont pas été à la hauteur des attentes dans certains domaines. Les allégations dont est saisi le présent Groupe spécial concernent trois de ces domaines en particulier.

II. CONTEXTE FACTUEL

3. Premièrement, en vertu de la législation chinoise, des poursuites et des condamnations pénales pour certains actes portant atteinte aux DPI ne sont possibles que si des seuils spécifiques fondés sur la valeur pécuniaire ou le volume ont été atteints. La Chine a établi ces seuils dans des dispositions de la *Loi pénale de la République populaire de Chine* ("Loi pénale"), telle qu'elle a été explicité dans des interprétations contraignantes données conjointement par le Tribunal populaire suprême et le Parquet populaire suprême – l'*Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application particulière de la loi dans des affaires pénales concernant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle* ("Interprétation judiciaire de décembre 2004"); et l'*Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application particulière de la loi dans des affaires pénales concernant des d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle (II)* ("Interprétation judiciaire d'avril 2007").

4. La section 7 du chapitre III de la deuxième partie (intitulée "Atteintes aux droits de propriété intellectuelle") de la Loi pénale de la Chine définit les actes portant atteinte aux DPI qui font l'objet de sanctions pénales en Chine. Dans cette section, les articles 213, 214 et 215 érigent en infraction certains actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et les articles 217 et 218 érigent en infraction certains actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur.

5. Tous les actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur ne sont pas passibles de sanctions pénales en Chine: des poursuites ou une condamnation pénales pour un acte de contrefaçon ou de piratage ne sont possibles que si d'autres conditions sont réunies au préalable, en plus de l'acte de contrefaçon ou de piratage en tant que tel. La Loi pénale énonce certaines de ces conditions préalables en termes généraux liés à l'importance des gains pécuniaires ou au degré de gravité. Par exemple, l'acte constituant une atteinte doit, soit s'accompagner de "gains illicites" qui sont "relativement importants" ou "considérables", soit comporter des "circonstances" qui sont "graves" ou "particulièrement graves". Les interprétations

judiciaires de décembre 2004 et d'avril 2007 énoncent pour chacune des infractions les normes spécifiques à respecter pour qu'il puisse y avoir des poursuites ou une condamnation pénales.

6. L'Interprétation judiciaire de décembre 2004 quantifie de trois manières les conditions préalables à des poursuites ou à une condamnation pénales qui sont énoncées dans la Loi pénale. *Premièrement*, elle définit des seuils en termes de "volume d'activités commerciales illicites" spécifique minimal réalisé par le contrevenant. *Deuxièmement*, l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 définit des seuils en fonction des montants minimaux de "gains illicites" réalisés par le contrevenant. *Troisièmement*, elle définit des seuils en fonction du nombre minimal de "copies illicites". L'Interprétation judiciaire d'avril 2007 prévoit un seuil inférieur à celui de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 pour ce qui est du nombre minimal de copies.

7. En conséquence, la Loi pénale de la Chine, prise conjointement avec les interprétations juridiques de décembre 2004 et d'avril 2007, instaure des seuils quantitatifs ou pécuniaires spécifiques qui doivent être atteints avant que des actes de piratage de droits d'auteur ou de contrefaçon de marque soient passibles de poursuites ou d'une condamnation pénales au titre des articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale – à savoir les dispositions de la Loi pénale visant à lutter contre la contrefaçon de marque et le piratage de droits d'auteur.

8. Deuxièmement, la Chine dispose d'une série de mesures qui, prises conjointement, établissent une hiérarchie claire des règles régissant la mise hors circuit des marchandises importées que les autorités douanières chinoises confisquent parce qu'elles portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle. En vertu de ces règles, les autorités douanières ne sont autorisées à détruire les marchandises contrefaites qu'en dernier ressort. Avant d'être habilitées à prendre cette mesure, elles doivent d'abord tenter de disposer des marchandises en optant pour une ou plusieurs solutions possibles – en les vendant au détenteur du droit, en les cédant à des organismes d'aide sociale ou en les vendant aux enchères après avoir retiré les éléments contrefaits.

9. Les mesures ci-après établissent ce régime obligatoire: le *Règlement de la République populaire de Chine sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes* ("*Règlement sur la protection des DPI par les douanes*"), les *Mesures de mise en œuvre de l'Administration des douanes de la République populaire de Chine concernant le Règlement de la République populaire de Chine sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes* ("Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes") et l'*Avis n°16 de l'Administration générale des douanes* ("Avis douanier n° 16").

10. Troisièmement, la *Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine* ("Loi sur le droit d'auteur") établit la base légale qui permet de protéger et de faire respecter les droits qu'ont les auteurs sur leurs œuvres, littéraires, artistiques et scientifiques, ainsi que les "droits connexes". La première phrase de l'article 4 dispose que "[l]es œuvres dont la publication ou la distribution est illégale ne sont pas protégées par la présente loi".

11. Un certain nombre de lois et de règlements chinois interdisent la publication ou la distribution d'œuvres dans diverses circonstances. Ces dernières peuvent être liées au contenu de l'œuvre. Elles peuvent également être liées au statut d'une œuvre dans le processus d'examen et d'approbation du contenu. Par exemple, le *Règlement sur l'administration des films* régit d'une manière générale "la production, l'importation, l'exportation, la distribution et le visionnage des films sur le territoire de la République populaire de Chine …". Le règlement sur les films prévoit qu'un film ne peut pas être légalement importé, distribué ou projeté avant que le contenu n'en ait été examiné et que celui-ci soit resté inchangé à l'issue de l'examen.

12. Des systèmes similaires d'examen du contenu, comportant des interdictions de publication ou de distribution similaires si le contenu est refusé à l'issue de la procédure d'examen, s'appliquent à des

produits autres que les films. Les produits particulièrement affectés sont les publications, les produits audio et vidéo et les publications électroniques. Les mesures pertinentes incluent: le *Règlement sur la gestion des publications*, qui applique certaines règles aux publications telles que les journaux, les périodiques, les livres, les produits audio et vidéo et les publications électroniques; le *Règlement sur la gestion des produits audiovisuels*, qui vise, entre autres choses, la publication, la production, la reproduction, l'importation, la vente en gros, la vente au détail et la location de bandes audio et vidéo, de disques et de CD audio et vidéo enregistrés; et le *Règlement sur la gestion des publications électroniques*, qui s'applique à certaines publications électroniques.

III. LES SEUILS RÉGISSANT L'ENGAGEMENT DE PROCÉDURES ET L'APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DES ARTICLES 61 ET 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

13. Les seuils fixés par la Loi pénale de la Chine et les interprétations judiciaires de décembre 2004 et avril 2007 (dénommés collectivement "seuils d'infraction pénale") ne respectent pas la norme minimale de l'Accord sur les ADPIC parce qu'ils empêchent l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales en ce qui concerne de nombreux 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. Par conséquent, les mesures de la Chine sont incompatibles avec la première et la deuxième phrase de l'article 61 et l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

A. PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

14. La première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es 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". Dans ce contexte, "prévoir" a le sens de "prendre des mesures appropriées en vue d'un événement possible; se préparer de manière adéquate". Le membre de phrase "[l]es Membres prévoiront …" signifie donc que les Membres ont l'obligation d'inclure dans leur législation des procédures et des sanctions pénales qui s'appliquent 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.

15. La première phrase de l'article 61 définit également l'ensemble des situations dans lesquelles des procédures et des sanctions pénales doivent être prévues; c'est-à-dire, "*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". (pas d'italique dans l'original) Les mots "au moins" employés dans la première phrase de l'article 61 indiquent clairement que cet article établit une norme minimale pour les Membres de l'OMC: les Membres doivent prévoir des procédures et des sanctions pénales applicables à l'ensemble des actes entrant dans cette catégorie. Les Membres ne sont pas tenus de prévoir des procédures et des sanctions pénales pour d'autres types d'atteintes aux DPI. Toutefois, ne prévoir l'application de procédures et de sanctions pénales qu'*à certains 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", mais pas à d'autres, ne permet pas de satisfaire aux obligations découlant de l'article 61.

16. Le membre de phrase "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" n'est pas défini dans l'Accord sur les ADPIC, bien que d'autres dispositions dudit accord aident à clarifier le sens qu'il a à l'article 61. L'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC établit des normes minimales concernant l'objet d'une marque de fabrique ou de commerce. Les droits devant être conférés par une marque de fabrique ou de commerce sont énoncés à l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC.

17. Le sens ordinaire de l'adjectif "contrefait" est "reproduit par imitation, non authentique". Le verbe "contrefaire" signifie "imiter (une action, une chose, etc.) dans l'intention de tromper, ou imiter frauduleusement; concevoir (quelque chose de faux) et le faire passer pour authentique".

18. La note de bas de page 14 relative à l'article 51 de l'Accord sur les ADPIC (qui traite de la "Suspension de la mise en circulation par les autorités douanières") permet de mieux comprendre le sens du nom ("contrefaçon") dans le membre de phrase ("contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce"), puisqu'elle comporte une définition de l'expression "marchandises de marque contrefaites" dans laquelle figure l'adjectif "contrefait": "l'expression "marchandises de marque contrefaites" s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation".

19. Si l'on prend ces éléments de définition conjointement, le membre de phrase "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" figurant à l'article 61 peut être compris à bon escient comme incluant les actions consistant à utiliser, dans le cadre d'opérations commerciales, une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à une marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce. Les États-Unis notent que, bien qu'ils aient exprimé d'autres préoccupations au sujet des articles 213 à 215 de la Loi pénale, ils n'allèguent pas dans le présent différend que le champ d'application de ces dispositions ne recouvre pas le sens du membre de phrase "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" dans toute son extension.

20. De même, le membre de phrase "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" n'est pas défini dans l'Accord sur les ADPIC, bien que d'autres dispositions de cet accord contribuent à en préciser le sens. Pour commencer, la section 1 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC ("Droit d'auteur et droits connexes") établit certaines normes minimales concernant l'existence, la portée et l'exercice du droit d'auteur et des droits connexes dans les régimes juridiques des Membres de l'OMC. En particulier, l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose, entre autres choses, que tous les Membres de l'OMC se conformeront aux articles 1er à 21 de l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* ("la Convention de Berne"). En outre, l'article 14:1 et 14:2 de l'Accord sur les ADPIC exige des Membres qu'ils offrent aux artistes interprètes ou exécutants la possibilité d'empêcher certains actes, entre autres choses, et qu'ils donnent aux producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs enregistrements sonores.

21. L'extension de l'expression "droit d'auteur" dans le membre de phrase "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" peut être mieux comprise si l'on se réfère à la note de bas de page 14 relative à l'article 51 de l'Accord sur les ADPIC. En particulier, la note de bas de page 14 dispose que "l'expression "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" s'entend de toutes les copies faites sans le consentement du détenteur du droit ou d'une personne dûment autorisée par lui dans le pays de production et qui sont faites directement ou indirectement à partir d'un article dans les cas où la réalisation de ces copies aurait constitué une atteinte au droit d'auteur ou à un droit connexe en vertu de la législation du pays d'importation".

22. Les membres de phrase "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" (à l'article 61) et "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" (dans la note de bas de page 14) sont liés d'un point de vue linguistique. De plus, une "marchandise pirate" est un produit physique du "piratage". Par conséquent, le contexte dans lequel s'inscrivent les termes "à un droit connexe" dans la note de bas de page 14 confirme que le membre de phrase "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" figurant à l'article 61 doit être compris comme comprenant le piratage qui porte atteinte soit à un droit

d'auteur, soit à un droit connexe (comme les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes). Les États-Unis notent que, bien qu'ils aient exprimé d'autres préoccupations au sujet des articles 217 et 218 de la Loi pénale, ils n'allèguent pas dans le présent différend que le champ d'application de ces dispositions ne recouvre pas le sens du membre de phrase "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" dans toute son extension.

23. L'interprétation du terme "délibéré" n'est pas en cause dans le présent différend. Les États-Unis n'allèguent pas, dans le présent différend, que l'état d'esprit requis aux termes des articles 213 à 219 de la Loi pénale et des interprétations judiciaires de décembre 2004 et d'avril 2007 est incompatible avec les obligations de la Chine dans le cadre de l'OMC.

24. Le sens ordinaire du mot "échelle" varie suivant le contexte. Ici, le contexte indique que le terme "échelle" signifie "importance ou ampleur relative" ou "degré; proportion". Il peut également désigner "un étalon de mesure, de calcul ou d'estimation". Il s'ensuit qu'une évaluation de "l'échelle" à laquelle est pratiqué la contrefaçon ou le piratage est une évaluation de l'importance, de l'ampleur, ou du degré de contrefaçon ou de piratage, par rapport à une norme. L'article 61 établit cette norme du fait de l'emploi du mot "commercial", dont le sens ordinaire est "relatif au commerce ou se rapportant au commerce", "qui cherche à réaliser des bénéfices", "susceptible de dégager un profit" ou "considéré comme une simple question d'affaires".

25. Deux points méritent d'être soulignés ici. *Premièrement*, du fait de l'utilisation de l'expression "*échelle* commerciale", l'Accord sur les ADPIC indique clairement que les Membres de l'OMC doivent criminaliser les actes d'une certaine ampleur ou importance; en d'autres termes, ils doivent le faire même si aucun élément de preuve n'indique que le contrevenant a un motif ou un objectif commercial. *Deuxièmement*, du fait de l'utilisation de l'expression "échelle *commerciale*", l'Accord sur les ADPIC établit un lien avec le marché commercial – où œuvrent ceux "qui cherchent à réaliser des bénéfices" ou qui font "des affaires" et où ceux qui portent atteinte aux DPI dans une intention lucrative apportent le fruit de leurs activités de contrefaçon ou de piratage. Ainsi, le concept d'"échelle commerciale" s'applique tant à ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser des "bénéfices" sur le marché et qui, par définition, opèrent donc à une échelle commerciale, qu'à ceux dont les actions, indépendamment de leur motif ou de leur objectif, sont d'une ampleur ou d'une importance suffisante pour être considérées comme étant menées "à une échelle commerciale" sur le marché en question. Cela étant dit, la présente communication porte essentiellement sur le premier type d'activités.

26. La première série de problèmes qui se posent au sujet des seuils d'infraction pénale de la Chine est liée à leur structure. Spécifier certains niveaux en ce qui concerne le "volume des activités commerciales illicites", les "gains illicites" ou le nombre de "copies" qui doivent être atteints avant que des poursuites ou une condamnation pénales soient possibles et, en outre, imposer des méthodes de calcul restrictives pour ces seuils font que des catégories entières d'actes de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale ne risquent pas de faire l'objet de poursuites et de condamnation pénales.

27. En vertu de l'article 213 de la Loi pénale et de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, les actes de contrefaçon qui impliquent l'utilisation d'une marque identique sur le même type de produits doivent atteindre l'un des deux seuils ci-après avant de pouvoir faire l'objet de procédures ou de sanctions pénales: "volume des activités commerciales illicites" excédant 50 000 RMB (6 925 dollars EU) ou "gains illicites" excédant 30 000 RMB (4 155 dollars EU).

28. S'agissant d'abord du seuil de 50 000 RMB (6 925 dollars EU) relatif au "volume des activités commerciales illicites", l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 indique clairement dans un premier temps que, pour que ce seuil soit atteint, il faut trouver des éléments de preuve concernant "la fabrication, l'entreposage, le transport ou la vente" des produits contrefaits. Si l'ampleur de cette

activité est en deçà du seuil, celle-ci échappe à toute possibilité de poursuites ou de condamnation pénales pour contrefaçon. L'ampleur ou l'importance de "la fabrication, de l'entreposage, du transport ou des ventes", lorsque ces activités sont menées par des entreprises, est "à une échelle commerciale", parce que ce sont ces types d'activités qui, lorsqu'elles sont menées par des entreprises pour un marché particulier, fournissent les éléments essentiels permettant de déterminer ce qu'est une "échelle commerciale" pour ce marché. En exemptant de poursuites et de condamnation pénales les activités de contrefaçon qui représentent un "volume d'activités commerciales illicites" inférieur à 50 000 RMB, la Chine soustrait des entreprises aux procédures et aux sanctions pénales pour contrefaçon lorsque les activités de "fabrication, d'entreposage, de transport et de vente" de ces entreprises représentent des sommes inférieures à ce montant.

29. De plus, la méthode de calcul à appliquer pour déterminer le "volume des activités commerciales illicites" rend encore plus difficile l'engagement de poursuites pour des actes de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale (que ces actes soient le fait d'entreprises ou d'autres entités) parce que le calcul n'est pas fondé sur la valeur des marchandises authentiques ne portant pas atteinte aux droits et avec lesquelles les marchandises contrefaites sont en concurrence, mais plutôt sur les prix au moyen desquels les marchandises contrefaites évincent les marchandises authentiques. Donc, la valeur du "volume des activités illicites" pour une quantité de marchandises contrefaites peut être très inférieure à la valeur d'une quantité équivalente de marchandises authentiques.

30. En outre, au moins pour certains types de produits – tels que les produits d'hygiène personnelle ou les petits appareils électroniques –, de nombreuses activités commerciales se déroulent à une échelle qui fait que la valeur des marchandises *authentiques* concernées est inférieure à 50 000 RMB (6 925 dollars EU) (seuil fixé pour le "volume des activités commerciales illicites"). Il s'ensuit que la valeur des activités d'achat et de vente à une échelle commerciale de marchandises *contrefaites* de ce type sera inférieure à ce seuil.

31. Le seuil de 30 000 RMB (4 155 dollars EU) relatif aux "gains illicites" ou au "montant des bénéfices" est également problématique pour deux raisons. *Premièrement*, une entreprise ne devrait *pas* avoir à être rentable pour être considérée comme œuvrant à une "échelle commerciale". Exiger un niveau minimal de bénéfices équivalant à 30 000 RMB ne permettra donc pas de mettre en évidence toute l'activité de contrefaçon pertinente. *Deuxièmement*, parce que le seuil relatif aux "gains illicites" repose sur un calcul qui doit faire apparaître des bénéfices (c'est-à-dire recettes moins dépenses) d'au moins 30 000 RMB, les recettes obtenues doivent être supérieures à 30 000 RMB. Comme le calcul des recettes est à son tour fondé sur des ventes à des prix susceptibles d'être fortement réduits pour déplacer les ventes de marchandises authentiques, la situation pose les mêmes problèmes que ceux qui ont été exposés plus haut. En effet, le seuil relatif aux "gains illicites" pour de nombreux produits à faible marge est en réalité *supérieur* au seuil de 50 000 RMB relatif au "volume des activités commerciales illicites". Plus la marge bénéficiaire est faible pour un produit, plus le volume de produits nécessaire pour atteindre le seuil relatif aux "gains illicites" sera élevé.

32. En vertu de l'article 214 de la Loi pénale et de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, le "montant des ventes" de marchandises portant des marques contrefaites doit atteindre un seuil de 50 000 RMB (6 925 dollars EU) avant qu'elles puissent faire l'objet de poursuites ou de sanctions pénales. Conformément à l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, le "montant des ventes" désigne "tous les revenus illicites tirés ou devant être tirés de la vente de marchandises qui portent des marques contrefaites". En ne prenant en compte que les revenus tirés ou devant être tirés de la vente de marchandises contrefaites, le seuil relatif au "montant des ventes" semble s'appliquer à un sous-ensemble d'opérations encore moins important que le seuil relatif au "volume des activités commerciales illicites" fixé par l'article 213 (qui prend en compte d'autres activités, telles que la fabrication, l'entreposage et le transport des marchandises contrefaites).

33. En vertu de l'article 215 de la Loi pénale et de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, la contrefaçon ou la reproduction non autorisée d'une marque enregistrée doit atteindre l'un des trois seuils ci-après avant de pouvoir faire l'objet de procédures ou de sanctions pénales: "volume d'activités commerciales illicites" excédant 50 000 RMB (6 925 dollars EU); "gains illicites" excédant 30 000 RMB (4 155 dollars EU); ou 20 000 copies. Étant donné que les seuils relatifs au "volume des activités commerciales illicites" et aux "gains illicites" sont les mêmes que ceux qui sont fixés par l'article 213, les problèmes relevés au sujet de ces seuils se posent avec la même acuité. De même, le seuil de 20 000 copies ne donne nullement les moyens de mettre en évidence tous les actes de contrefaçon commis à une échelle commerciale. Au contraire, il est excessivement élevé. Une usine pourrait stocker 19 999 logos contrefaits d'une marque de designer et échapper encore à l'application de l'article 215.

34. En vertu de l'article 217 de la Loi pénale et de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, les actes portant atteinte au droit d'auteur ou aux droits connexes commis dans le but de réaliser des bénéfices doivent atteindre l'un des trois seuils ci-après avant de pouvoir faire l'objet de procédures ou de sanctions pénales au titre de l'article 217: "volume des activités commerciales illicites" excédant 50 000 RMB (6 925 dollars EU); "gains illicites" excédant 30 000 RMB (4 155 dollars EU); ou 1 000 copies. (L'Interprétation judiciaire d'avril 2007 a modifié celle de décembre 2004 en fixant un seuil de 500 copies pour qu'il y ait violation de l'article 217.)

35. Le seuil relatif au "volume des activités commerciales illicites" de 50 000 RMB (6 925 dollars EU) soulève des problèmes analogues à ceux que posent les articles 213 et 215 dont il a été question plus haut, en évitant que des opérations de piratage substantielles n'atteignant pas les seuils soient passibles de sanctions pénales. De plus, le seuil relatif au "volume des activités commerciales illicites" peut éviter que des activités menées à une échelle commerciale fassent l'objet de poursuites pénales, quelle que soit la méthode de calcul. Des activités de vente portant sur des DVD, des logiciels, des CD de musique ou des livres *authentiques* peuvent avoir lieu en deçà de ce seuil. Si des activités commerciales portant sur des DVD, des CD, des logiciels ou des livres authentiques n'atteignent pas le seuil relatif au "volume des activités commerciales illicites", il est bien moins probable que des activités de vente menées à une échelle commerciale et portant sur des marchandises *pirates* l'atteindront.

36. Le seuil de 30 000 RMB (4 155 dollars EU) relatif aux "gains illicites" fixé au premier paragraphe de l'article 5 de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 empêche réellement lui aussi de mettre en évidence tous les actes de piratage commis à une échelle commerciale. Les problèmes qui se posent et ceux qui ont été exposés plus haut en ce qui concerne la contrefaçon peuvent être mis directement en parallèle.

37. De même, bien que le seuil relatif au nombre de copies fixé par l'article 217 ait été abaissé à 500 copies, il exclut toujours des actes de piratage commis à une échelle commerciale. Par exemple, si un pirate de droits d'auteur fait 499 reproductions ou qu'un détaillant stocke 499 copies dans son magasin, ils ne pourraient pas être poursuivis ni condamnés au titre de l'article 217 de la Loi pénale, parce que le seuil de 500 copies fixé par l'Interprétation judiciaire d'avril 2007 ne serait pas atteint.

38. En vertu de l'article 218 de la Loi pénale et de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004, les ventes spécifiques de reproductions contrefaites à des fins lucratives doivent atteindre un seuil de 100 000 RMB (13 850 dollars EU) en "gains illicites " avant de pouvoir faire l'objet de procédures ou de sanctions pénales au titre de l'article 218. Les problèmes relevés dans les paragraphes qui précèdent se posent avec une plus grande acuité encore en l'occurrence.

39. La deuxième série de problèmes concernant les seuils d'infraction pénale tient au fait que les autorités chinoises doivent recourir à cet ensemble très limité de critères numériques uniformes pour constater des actes de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale pouvant faire

l'objet de poursuites ou d'une condamnation pénales. Étant donné qu'ils reposent uniquement sur des seuils relatifs au volume des activités commerciales, au nombre de copies et aux bénéfices qui ne peuvent être atteints qu'en dénombrant des produits finis, les seuils d'infraction pénales de la Chine amènent les responsables de l'application des lois à ne pas tenir compte d'autres indices spécifiques révélateurs d'actes de piratage et de contrefaçon commis à une échelle commerciale – allant des preuves tangibles d'opérations de piratage ou de contrefaçon menées à une échelle commerciale à la prise en compte de l'incidence du piratage ou de la contrefaçon sur le marché commercial et, par extension, sur les détenteurs de droits.

40. Par exemple, la Chine ne tient compte que des marchandises contrefaites ou piratées *finies* pour déterminer si les seuils sont atteints; elle ne prend pas en considération les *éléments* des produits contrefaits ou piratés. Ces éléments comprennent l'emballage utilisé pour les CD ou les DVD piratés, les tissus employés pour les produits griffés, les boîtiers de cartouches pour jeux vidéo et d'autres matériaux entrant dans la fabrication de produits contrefaits. Les données sur les saisies réunies pendant la campagne menée par Nintendo Amérique contre la contrefaçon en Chine confirment ce problème. Elles indiquent que, dans de nombreux cas, une proportion significative des saisies comprend des éléments de jeux vidéo finis, tels que les boîtiers de cartouches, les boîtiers et les emballages, ainsi que d'autres matériaux et accessoires connexes, tels que les petites pièces et les manuels.

41. En effet, comme il a été démontré plus haut, les seuils d'infraction pénale de la Chine permettent aux pirates de continuer à mener en toute quiétude des opérations de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale, sans craindre de poursuites ni de condamnation pénales, dès lors qu'ils organisent leurs activités commerciales de manière à éviter d'atteindre les seuils très spécifiques fixés par la Chine.

42. Les données sur les saisies rassemblées par certains détenteurs de droits dans le cadre de leurs efforts pour lutter contre le piratage et la contrefaçon en Chine illustrent bien les problèmes que les seuils chinois ont créés. Le *Report on Copyright Complaints, Raids and Resulting Criminal Actions in China* ("Rapport sur les plaintes, les perquisitions et les poursuites pénales relatives au droit d'auteur en Chine", "Le rapport CCA") a été établi par la *China Copyright Alliance* ("Alliance chinoise pour le droit d'auteur", "CCA"). Le rapport CCA fait la synthèse des données sur les saisies réalisées à l'occasion de perquisitions administratives concernant des produits présumés contrefaits sur des marchés de détail dans quatre grandes villes de Chine: Beijing, Shanghai, Shenzhen et Guangzhou. Les données ont été recueillies sur une période de deux ans (janvier 2006-novembre 2007).

43. Globalement, les données de la CCA sur les saisies montrent que des volumes significatifs de ventes au détail de produits contrefaits sont effectuées à des niveaux inférieurs aux seuils de la Chine. En effet, moins de 20 pour cent des établissements de vente au détail commercialisant des CD ou des DVD de musique contrefaits atteignaient le seuil applicable le plus bas. Par conséquent, la grande majorité des points de vente au détail – exemple classique d'activité menée à une échelle commerciale – ne pouvaient pas faire l'objet de poursuites ou de condamnation pénales au regard des seuils d'infraction pénale de la Chine.

44. De plus, les données de la CCA sur les saisies recueillies depuis que le seuil relatif au nombre de copies pour le piratage de droits d'auteur a été ramené à 500 en avril 2007 confirment la rapidité avec laquelle les contrefacteurs et les pirates s'adaptent à la modification des seuils d'infraction pénale. La similarité est frappante lorsque l'on compare les deux séries de données sur les saisies "inférieures aux seuils" (c'est-à-dire pour l'année civile 2006 et pour la période allant du 5 avril 2007 au 30 novembre 2007), alors que les seuils relatifs au nombre de copies étaient de 1 000 et de 500, respectivement. Plus de 80 pour cent de l'ensemble des perquisitions administratives pendant ces

deux périodes ont permis d'obtenir des éléments de preuve qui étaient *en deçà* des seuils en vigueur à cette époque.

B. DEUXIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

45. La deuxième phrase de l'article 61 dispose que "[l]es sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives ...". Cependant, comme cela a été noté, les seuils d'infraction pénale créent un bouclier pénal qui rend impossible l'application de ces sanctions pénales pour de nombreux actes délibérés de contrefaçon de marque et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale. En conséquence, les seuils de la Chine sont également incompatibles avec les obligations de ce pays au titre de la deuxième phrase de l'article 61. Si cette conduite ne fait même pas l'objet de poursuites ni de condamnation pénales, la loi n'"inclut" pas de sanction et elle n'est pas non plus "dissuasive".

C. ARTICLE 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

46. Du fait des seuils d'infraction pénale, la Chine ne "prévoit" pas de procédures pénales ni de peines applicables 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, comme le requiert la première phrase de l'article 61. En conséquence, les mesures en cause de la Chine sont également incompatibles avec l'obligation qui lui est faite à l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC de faire en sorte que sa législation "comporte" des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

IV. LES MESURES DE LA CHINE CONCERNANT LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES QUI PORTENT ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

47. La deuxième série d'allégations des États-Unis concerne la manière dont les autorités douanières chinoises doivent traiter les marchandises contrefaites saisies à la frontière. Les États-Unis demandent que le Groupe spécial constate 1) que la série d'étapes obligatoires énoncée dans les mesures en cause de la Chine signifie que les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, et 2) que les mesures en cause sont donc incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

48. La section 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC impose des obligations liées aux mesures à la frontière en ce qui concerne les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. En particulier, la première phrase de l'article 59 dispose que, "[s]ans préjudice des autres droits d'engager une action qu'a le détenteur du droit et sous réserve du droit du défendeur de demander une révision par une autorité judiciaire, *les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46*". (pas d'italique dans l'original)

49. L'article 46 de l'Accord sur les ADPIC figure dans la section 2 ("Procédures et mesures correctives civiles et administratives") de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. La première et la quatrième phrase de l'article 46 ont trait à l'obligation énoncée à l'article 59. La première phrase traite aussi bien de la destruction que de la mise hors circuit, deux expressions qui figurent à l'article 59. Selon ses termes mêmes, l'article 46 prescrit que les autorités judiciaires d'un Membre "seront" habilitées à détruire les marchandises portant atteinte à un droit ou à les écarter des circuits

commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Si l'on transpose cette prescription dans le contexte de l'article 59, le principe applicable doit être que les autorités compétentes d'un Membre chargées des mesures coercitives à la frontière "seront" habilitées à détruire les marchandises portant atteinte à un droit ou à les écarter des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

50. La quatrième phrase de l'article 46 explicite la prescription selon laquelle l'autorité judiciaire sera habilitée à écarter des circuits commerciaux les marchandises portant atteinte à un droit. En particulier, en ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux. Donc, dans le contexte de l'article 59, le principe applicable doit être que les autorités compétentes d'un Membre chargées des mesures coercitives à la frontière ne permettront pas l'introduction dans les circuits commerciaux de marchandises de marque contrefaites qui ont été saisies si la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite est retirée, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles.

51. Les mesures à la frontière qui régissent la mise hors circuit et la destruction des marchandises dont il a été constaté qu'elles portaient atteinte à des droits de propriété intellectuelle sont décrites plus haut. En particulier, l'article 27 du Règlement sur la protection douanière des DPI et l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes prescrivent une série d'étapes obligatoires (ou "éléments") que les douanes chinoises doivent suivre pour décider de la manière de traiter les marchandises saisies à la frontière dont elles ont déterminé qu'elles portaient atteinte à des droits de propriété intellectuelle.

52. Premièrement, aucun des deux volets du premier "élément" obligatoire n'est conforme aux principes de l'article 46. Le premier élément comporte deux parties. Les douanes déterminent si les marchandises contrefaites peuvent être utilisées dans l'"intérêt général"; dans l'affirmative, elles donnent les marchandises à l'"organisme d'aide sociale" approprié. Les douanes peuvent également autoriser le détenteur du droit à acheter les marchandises "à titre de compensation" – en d'autres termes, les douanes offrent au détenteur du droit la possibilité d'acquérir les marchandises qui portent atteinte à ses propres droits de propriété intellectuelle. L'option en vertu de laquelle le détenteur du droit peut acheter les marchandises contrefaites ne peut pas être qualifiée de mise hors circuit "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit": quiconque doit payer pour obtenir des marchandises qui portent atteinte à ses propres droits en matière de brevet, de marque ou de droit d'auteur subit un préjudice correspondant au montant du paiement.

53. Le deuxième volet du premier "élément" – à savoir lorsque les douanes chinoises donnent les marchandises contrefaites à des "organismes d'aide sociale" – n'est pas toujours ouvert suivant les cas. Si le don en faveur d'œuvres caritatives est possible et que le détenteur du droit y consent, ce peut être un moyen socialement bénéfique de disposer des marchandises contrefaites qui respecte également les principes de l'article 46. Cependant, autoriser qu'il soit fait usage de marchandises contrefaites, même dans "l'intérêt général", peut être préjudiciable au détenteur du droit dans certains cas.

54. Deuxièmement, si la cession à un organisme d'aide sociale est impossible et que le détenteur du droit ne décide pas d'acheter les marchandises contrefaites, les autorités douanières doivent passer au deuxième "élément", à savoir la vente aux enchères des marchandises confisquées. Ce deuxième "élément", qui est également obligatoire (une fois que le premier "élément" n'a pas conduit à la mise hors circuit des marchandises), n'est pas non plus compatible avec les principes énoncés à l'article 46. De toute évidence, vendre les marchandises saisies aux enchères non seulement empêche leur destruction, mais les introduit aussi dans le commerce. De plus, cette mesure, si elle est prise sans le consentement du détenteur du droit, peut lui être très préjudiciable.

55. Troisièmement, pour les marchandises de marque contrefaites, la disposition relative à la vente aux enchères est également incompatible avec le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46, selon lequel les marchandises peuvent être introduites dans les circuits commerciaux après le retrait de la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite seulement "dans des circonstances exceptionnelles". Rien dans les mesures douanières chinoises ne donne à penser que la vente aux enchères de ces marchandises après le retrait de la marque apposée de façon illicite n'est autorisée que dans "des circonstances exceptionnelles". En effet, aux termes des mesures douanières chinoises, les autorités douanières chinoises ne sont jamais habilitées à détruire les marchandises dont les éléments portant atteinte à un droit peuvent être retirés.

56. Enfin, comme cela a été expliqué plus haut, les premier et deuxième "éléments" sont des conditions préalables obligatoires pour pouvoir passer au troisième élément (destruction). En conséquence, si le recours à l'une des options offertes par le premier ou le deuxième "élément" est possible, les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées, en droit chinois, à détruire la marchandise portant atteinte à un droit ni à s'en défaire de manière soit à l'écarter des circuits commerciaux, soit à éviter que le détenteur du droit ne subisse un préjudice. Par conséquent, dans toutes ces circonstances, les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit d'une manière conforme aux principes énoncés à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, les mesures de la Chine sont incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

V. LE REFUS DE LA CHINE DE PROTÉGER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES POUR CE QUI EST DES ŒUVRES DONT LA PUBLICATION OU LA DISTRIBUTION N'ONT PAS ÉTÉ AUTORISÉES EN CHINE EST INCOMPATIBLE AVEC L'ACCORD SUR LES ADPIC

57. En vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC, à de très rares exceptions près, une œuvre jouit immédiatement et automatiquement de la protection conférée par le droit d'auteur. Le droit d'auteur prend effet immédiatement une fois l'œuvre créée et, à la différence des droits de brevet et des droits conférés par la marque, qui peuvent être (et sont souvent) subordonnés au dépôt d'une demande et à des formalités d'enregistrement, la protection conférée par le droit d'auteur ne peut pas dépendre de l'accomplissement de formalités, mais est automatique.

58. Toutefois, à cause de la première phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, le régime de la Chine en matière de droit d'auteur ne respecte par cette norme. L'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur dispose que "[l]es œuvres dont la publication ou la diffusion est illégale ne sont pas protégées par la présente loi. Le titulaire d'un droit d'auteur ne doit pas, lorsqu'il exerce son droit, enfreindre la Constitution ou les lois ni porter préjudice à l'intérêt public". Telle qu'elle est libellée, la première phrase de cette disposition a pour effet de refuser d'accorder une protection immédiate et automatique à certaines œuvres de création.

59. Cette disposition de la Loi sur le droit d'auteur a d'importantes conséquences défavorables. En privant de la protection conférée par le droit d'auteur des œuvres qui devraient en bénéficier, l'article 4 permet aux contrefacteurs de tirer un profit aux dépens du détenteur légitime du droit, sans avoir à craindre des poursuites et des sanctions pour violation du droit d'auteur. En effet, les œuvres qui ont déjà été créées mais qui ne peuvent pas être publiées ou distribuées légalement se voient refuser la protection conférée par le droit d'auteur au moment où elles en ont le plus besoin: quand elles ne peuvent pas accéder au marché, mais que des copies illicites sont disponibles. Il est facile de trouver en Chine des copies de films, des publications, de la musique et d'autres œuvres de création qui ont été piratés. De plus, les copies pirates arrivent souvent sur le marché avant les copies authentiques. Il va de soi que les pirates n'attendent ni les résultats de l'examen du contenu, ni les autres autorisations réglementaires.

60. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que tous les Membres de l'OMC se conformeront aux articles 1er à 21 de la Convention de Berne, à ceci près que les Membres de l'OMC n'ont pas de droits ni d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6*bis* de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés. En outre, la Chine et les États-Unis sont tous deux parties à la Convention de Berne.

61. Plusieurs articles de la Convention de Berne auxquels la Chine doit se conformer au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC sont pertinents en l'espèce. Tout d'abord, l'article 5(1) de la Convention de Berne dispose que "[l]es auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention". De plus, l'article 2 de la Convention de Berne définit le membre de phrase "œuvres pour lesquelles [les auteurs] sont protégés en vertu de la présente Convention", tel que celui-ci est employé à l'article 5(1).

62. Les "droits spécialement accordés par [la Convention de Berne]" dont il est fait mention à l'article 5(1) désignent les différents droits minimaux requis par la Convention de Berne, y compris le droit exclusif d'autoriser: la reproduction d'œuvres protégées; la traduction d'œuvres protégées; les adaptations, arrangements et autres transformations d'œuvres protégées; ainsi que la représentation ou l'exécution publiques et la transmission publique. À cet égard, il est important de souligner que le droit exclusif d'autoriser ce genre d'activités économiques va également de pair avec le droit de les interdire; autrement dit, le détenteur de ces droits exclusifs est habilité à empêcher d'autres personnes d'exploiter l'œuvre (dans un but lucratif ou autre) sans autorisation. En outre, la partie pertinente de l'article 5(2) de la Convention de Berne dispose que "[l]a jouissance et l'exercice de ces droits [à savoir ceux dont il est fait mention à l'article 5(1)] ne sont subordonnés à aucune formalité ...".

63. Premièrement, contrairement aux obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC (et des dispositions de la Convention de Berne auxquelles renvoie l'article 9:1), la première phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur a pour effet de refuser d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur à des œuvres qui y ont droit. L'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur prive de la protection conférée par le droit d'auteur toute une catégorie d'œuvres – "les œuvres dont la publication ou la distribution est illégale" – mais cette exclusion n'est pas autorisée ni même envisagée par la Convention de Berne. L'article 2(1) de la Convention de Berne indique clairement que les œuvres protégées par la Convention comprennent "*toutes* les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression" (pas d'italique dans l'original), et l'article 2(6) précise encore que ces œuvres doivent jouir de la protection conférée par le droit d'auteur partout où la Convention de Berne s'applique. L'exclusion de la protection conférée par le droit d'auteur qui est prévue par l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur ne figure nulle part dans la Convention de Berne. Par conséquent, la Convention de Berne interdit pareille exclusion.

64. De plus, l'article 4 prive les auteurs de ces œuvres du large éventail de droits qui sont énoncés à l'article 10 de la loi. Les droits énoncés à l'article 10 recouvrent largement les droits envisagés dans les dispositions de la Convention de Berne. Les auteurs des œuvres qui sont privés de la protection conférée par la Loi sur le droit d'auteur ne bénéficient pas non plus des mesures correctives énoncées aux articles 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur, qui imposent la responsabilité civile (et dans certains cas, la responsabilité administrative et/ou pénale) pour la violation du droit d'auteur.

65. Par conséquent, en privant certaines œuvres de la protection accordée par les articles 10, 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur, la première phrase de l'article 4 de cette loi signifie que les auteurs de ces œuvres ne jouissent pas des droits minimaux qui sont "spécialement accordés" par la Convention de Berne. Par conséquent, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 5(1) de la Convention de Berne, et il n'est donc pas compatible non plus avec les obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

66. De plus, comme cela a été noté plus haut, l'article 5(2) de la Convention de Berne interdit de subordonner à une formalité la jouissance et l'exercice des droits mentionnés à l'article 5(1). Toutefois, en vertu de la Loi sur le droit d'auteur, la Chine a subordonné la protection des droits et les moyens de les faire respecter à la formalité voulant que le contenu ait été approuvé à l'issue de l'examen. La protection conférée par la Loi sur le droit d'auteur ne prend effet qu'après que le contenu de l'œuvre a été soumis à l'examen et, si celui-ci n'est pas modifié à l'issue de l'examen, une fois que l'autorisation de la publier et de la distribuer a été délivrée. Par conséquent, sur le plan formel, la protection du droit d'auteur dépend, en partie, de la délivrance de l'autorisation de publier et de distribuer à l'issue de l'examen favorable du contenu.

67. Si l'octroi du droit d'auteur dépend de l'issue favorable de la procédure d'examen du contenu, alors ces droits sont "subordonnés à une formalité", tel que ce membre de phrase est interprété conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Dans ce contexte, le terme "subordonné" peut être défini comme "dépendant de ou assujetti à; reposant sur l'hypothèse que"; et le terme "formalité" peut être défini comme "un acte formel ou protocolaire; une procédure légale, autorisée ou coutumière".

68. Parce que l'examen du contenu est une procédure formelle, requise par la loi en Chine, et que l'exercice et la jouissance du droit d'auteur dépendent, pour de nombreuses œuvres, de la soumission du contenu à l'examen et de l'examen favorable du contenu, la procédure d'examen du contenu fait que l'exercice et la jouissance du droit d'auteur sont "subordonnés à une formalité", au sens de l'article 5(2). En faisant dépendre la protection conférée par la Loi sur le droit d'auteur de l'examen favorable du contenu, la loi de la Chine est donc incompatible avec les obligations de ce pays au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne. Par conséquent, la loi de la Chine est également incompatible avec les obligations de ce pays au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

69. Il est également important de souligner que ces incompatibilités avec l'Accord sur les ADPIC ne résultent pas du fait que la Chine interdit la publication ou la distribution de certaines œuvres en Chine. L'Accord sur les ADPIC n'oblige pas la Chine, ni aucun autre Membre de l'OMC, à autoriser la publication et la distribution de toutes les œuvres. Ces incompatibilités résultent plutôt de la décision de la Chine de priver les œuvres qu'elle interdit de la protection conférée par le droit d'auteur et des moyens de la faire respecter.

70. Deuxièmement, selon l'interprétation donnée à l'article 4, la première phrase peut également être incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 14:1 de l'Accord sur les ADPIC exige des Membres de l'OMC qu'ils donnent aux artistes interprètes ou exécutants la possibilité d'empêcher certains actes, entre autres choses, et l'article 14:2 de l'Accord sur les ADPIC exige d'eux qu'ils accordent aux producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs enregistrements sonores. La Loi sur le droit d'auteur constitue la base légale en Chine pour protéger ce qu'il est convenu d'appeler les "droits connexes" des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes.

71. Il est malaisé de déterminer si l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur a pour effet de priver de la protection conférée par la loi les exécutions (ou leur fixation) et les enregistrements sonores dont la publication ou la distribution est interdite. Il est fait usage à l'article 4 du terme "œuvres", qui est défini à l'article 3 de la Loi sur le droit d'auteur. Les enregistrements sonores et les exécutions (et leur fixation) ne semblent pas être, à proprement parler, des "œuvres" au sens de l'article 4. Les États-Unis ne sont pas persuadés que l'article 4 ne vise que les "œuvres" susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, par opposition à celles susceptibles d'être protégées par des droits connexes (comme les exécutions et les enregistrements sonores). Par conséquent, dans la mesure où l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur est interprété comme s'appliquant aux exécutions (ou à leur fixation) et aux enregistrements sonores, il est également incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC.

72. Troisièmement, en conséquence de ce qui précède, la Chine ne fait pas en sorte que des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, telles qu'elles sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, soient prévues pour les œuvres protégées par le droit d'auteur, qui devraient être protégées dès leur création, de manière à permettre une action efficace et des mesures correctives rapides contre les atteintes au droit d'auteur. Entre autres problèmes, la Chine ne prévoit pas de procédures ni de sanctions pénales applicables pour certains actes délibérés de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Par conséquent, la Chine ne se conforme pas à ses obligations au titre de l'article 41:1 et de l'article 61, première et deuxième phrases, de l'Accord sur les ADPIC.

73. La première phrase de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie [à savoir la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, qui comprend les articles 41 à 61], de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure". Les "procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie" incluent, entre autres choses, un certain nombre de procédures judiciaires civiles destinées à faire respecter le droit d'auteur et les droits connexes. Dans la mesure où ces procédures sont prévues par la loi chinoise, c'est au chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur ("De la responsabilité civile et des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle") qu'elles sont énoncées.

74. Cependant, à cause de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, les dispositions destinées à faire respecter les droits qui sont énoncées au chapitre V de cette loi ne s'appliquent pas aux œuvres dont la distribution ou la publication n'est pas autorisée ou est autrement interdite en Chine. Par conséquent, en raison de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, la Chine ne fait pas en sorte que sa législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, de manière à permettre une action efficace contre les violations, y compris des mesures correctives rapides pour empêcher les atteintes au droit d'auteur et (dans la mesure où il sont couverts par l'article 4) aux droits connexes en ce qui concerne certaines œuvres, certaines exécutions et certains enregistrements sonores.

75. De surcroît, puisque l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur ne prévoit aucune procédure pénale en ce qui concerne les œuvres dont la distribution ou la publication est interdite en Chine, aucune procédure pénale ni mesure corrective n'est prévue lorsque le piratage de ces œuvres intervient à une échelle commerciale. En conséquence, nonobstant les dispositions énoncées dans la première et la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, la Chine ne prévoit pas de procédures ni de sanctions pénales applicables pour certains actes délibérés de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale.

VI. CONCLUSION

76. Pour les raisons exposées dans la présente communication, les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que les mesures de la Chine, telles qu'elles sont indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, sont incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ils demandent par ailleurs au Groupe spécial, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, de recommander que la Chine rende ses mesures conformes à cet accord.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. LES SEUILS D'INFRACTION FIXÉS PAR LA CHINE POUR LA MISE EN ŒUVRE DE PROCÉDURES ET SANCTIONS PÉNALES EN CAS D'ATTEINTE AUX DPI

1. Alors que la Partie III de l'Accord sur les ADPIC traite d'un certain nombre de procédures visant à faire respecter les droits, par exemple des mesures civiles et administratives et des mesures à la frontière, l'article 61 est la seule disposition qui soit spécialement consacrée aux procédures et sanctions pénales. Cela signifie aussi par conséquent que seules des sanctions et procédures pénales permettent de satisfaire aux obligations découlant de l'article 61.

2. Les mots "au moins", dans la première phrase de l'article 61, établissent une norme minimale pour les Membres de l'OMC. Ne prévoir l'application de procédures et sanctions pénales *qu'à certains* "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", et pas aux autres, n'est pas suffisant pour qu'il soit satisfait aux obligations énoncées à l'article 61. La Chine paraît soutenir que l'examen par le Groupe spécial de la manière dont elle met en œuvre les normes de l'Accord sur les ADPIC relatives aux procédures et sanctions pénales n'a pas vraiment lieu d'être, parce que la question relève du domaine pénal. Cependant, comme tous les Membres de l'OMC, la Chine a accepté de faire en sorte que ses lois pénales réprimant le piratage et la contrefaçon répondent aux normes de l'Accord sur les ADPIC.

3. La Chine semble aussi soutenir que l'article 1:1 et l'article 41:5 l'autorisent à "définir" les normes découlant de l'article 61 à partir de sa propre méthode de mise en œuvre et des contraintes pesant sur ses propres moyens de répression. Mais l'article 1:1 porte sur la *méthode* à suivre par la Chine pour se conformer aux obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, et non sur la question de savoir *si* la Chine doit s'y conformer en premier lieu; l'article 41:5 porte sur des questions analogues. Les articles 1:1 et 41:5 ne modifient en rien les obligations énoncées à l'article 61, et la Chine doit appliquer cet article 61 de manière à en respecter le libellé.

4. Pour ce qui est de l'expression "à une échelle commerciale" figurant à l'article 61, *premièrement,* en utilisant les mots "*échelle* commerciale", l'Accord sur les ADPIC établit clairement que les Membres de l'OMC doivent criminaliser les actes constitutifs d'infractions qui revêtent une certaine ampleur ou importance. *Deuxièmement*, par l'emploi des termes "échelle *commerciale*", l'Accord sur les ADPIC établit un lien avec le marché commercial – sur lequel les auteurs de violations des droits de propriété intellectuelle agissant dans un esprit de lucre recueillent les fruits de leurs actes de contrefaçon ou de piratage.

5. Selon la Chine, la position des États-Unis est que "échelle commerciale" ne signifie rien d'autre que "but commercial". Ce n'est pas là le point de vue des États-Unis, car une telle interprétation revient à faire abstraction du mot "échelle" dans cette expression. Cela dit, le contrevenant qui cherche à réaliser des bénéfices financiers sur le marché agit à une "échelle" qui est "commerciale". Et l'"échelle" de ce qui est "commercial" sur chaque marché variera en fonction de nombreux facteurs, tels que l'objet de l'infraction et les débouchés existant pour les objets contrefaits.

6. Bien que la Chine prétende que nous interprétons à tort les termes "échelle commerciale" en analysant individuellement le sens du mot "commercial" et celui du mot "échelle", l'interprétation des États-Unis repose sur les règles coutumières d'interprétation du droit international public.

7. La Chine propose de substituer aux termes "échelle commerciale" une expression qui ne figure pas dans l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC: "activité d'une ampleur considérable"; cette proposition, cependant, a pour effet de supprimer le mot "commerciale" de l'article 61. La Chine invoque les débats auxquels un Comité d'experts de l'OMPI sur la contrefaçon et la piraterie réuni en 1988 s'est livré sur ces termes. Toutefois, le statut du compte rendu de ces débats au regard des règles de la *Convention de Vienne* n'est pas clair et, de toute façon, le document du Comité de l'OMPI ne fait que confirmer l'interprétation proposée par les États-Unis.

8. La Chine ne prévoit pas de procédures et sanctions pénales pour tous les actes délibérés de contrefaçon de marque ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale parce que ses seuils d'infraction pénale en matière de propriété intellectuelle créent un bouclier pénal à l'abri duquel opèrent pirates et contrefacteurs. Le premier problème fondamental est que les seuils de la Chine sont fixés à un tel niveau, et calculés d'une telle manière, qu'ils font obstacle à ce que des poursuites soient engagées ou des condamnations prononcées dans le cas des activités contrevenantes dont la valeur ou le volume reste en deçà des seuils, mais qui sont néanmoins commises "à une échelle commerciale".

9. En ce qui concerne les seuils fixés par l'article 213 pour la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce, il existe de nombreuses catégories d'activités à l'échelle commerciale qui sont menées en deçà de ces seuils. En fait, le seuil du "volume des activités commerciales illicites" oblige le parquet et les juges chinois à fonder ce calcul, par défaut, sur les prix des marchandises contrefaites. Comme de nombreuses activités commerciales menées sur les marchés légaux, par exemple dans le secteur des produits de soins personnels, portent sur des marchandises dont la valeur est inférieure au seuil du "volume des activités commerciales illicites" (50 000 RMB), les activités menées à l'échelle commerciale portant sur des produits *contrefaits* de ces catégories représenteront généralement des sommes inférieures à ce seuil.

10. Le seuil des "gains illicites" (30 000 RMB) offre un autre exemple à cet égard. Ce seuil peut de la même façon amener à négliger de nombreuses catégories d'activités à l'échelle commerciale; ainsi, fixer à 30 000 RMB le niveau de profit ne permet pas d'appréhender toutes les activités "à une échelle commerciale".

11. Ce même effet de bouclier pénal existe avec les seuils des articles 214 et 215, ainsi qu'avec les seuils fixés pour le piratage des produits protégés par le droit d'auteur. Par exemple, le seuil que l'article 217 fixe à 500 copies exclut des actes de piratage commis à une échelle commerciale, puisqu'un pirate qui fait 499 reproductions ou un détaillant qui stocke en magasin 499 copies ne pourra pas être poursuivi ni condamné pour ce fait en application de l'article 217.

12. Le second problème fondamental est que les autorités chinoises doivent s'en remettre à un ensemble limité de critères uniformes pour conclure à l'existence d'actes de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale passibles de poursuites ou de condamnations pénales. Un certain nombre de considérations devraient intervenir dans la preuve de l'"échelle commerciale", mais les seuils rigides d'infraction pénale fixés par la Chine empêchent qu'il en soit tenu compte. Ces seuils sont mal adaptés à la diversité de l'activité commerciale et ils permettent à des activités de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale d'échapper aux poursuites.

13. La Chine n'explique ni ne justifie comment ses limites de responsabilité pénale permettent d'appréhender tous les actes de contrefaçon et de piratage à une échelle commerciale. Les choix que fait la Chine pour ses seuils de poursuites pénales dans les matières *autres que la propriété intellectuelle* sont sans conséquence pour l'appréciation par le Groupe spécial du point de savoir si la Chine respecte ses obligations au titre de l'*article 61 de l'Accord sur les ADPIC*. L'argument de la Chine selon lequel ses dispositions "en matière de preuve" n'ont pas à être examinées au regard de l'article 61 est dépourvu de valeur: qu'ils soient calculés sur une heure ou sur de nombreuses années,

les seuils de la Chine créent un bouclier pénal. La Chine concède que, si une opération antérieure de saisie donne lieu à une sanction administrative (la mesure souvent privilégiée par la Chine), cela efface l'ardoise, et les saisies antérieures ne peuvent pas être prises en considération pour le calcul des seuils.

14. Le rapport CCA présenté par les États-Unis illustre le fonctionnement du bouclier pénal créé par les seuils de la Chine. *Premièrement*, il donne un exemple de l'échelle qu'atteint en Chine le commerce de certains produits piratés. *Deuxièmement*, il montre que des volumes importants de vente au détail de produits contrefaits sont effectués à des niveaux inférieurs aux seuils fixés par la Chine. *Troisièmement*, si l'on compare les deux séries de tableaux des saisies "inférieures aux seuils" qui figurent dans le document des États-Unis, on constate que plus de 80 pour cent de l'ensemble des perquisitions administratives pendant ces deux périodes ont mis en évidence des activités *inférieures* aux seuils en vigueur à l'époque.

15. Les seuils d'infraction fixés par la Chine en matière de propriété intellectuelle sont également incompatibles avec la deuxième phrase de l'article 61 et avec l'article 41:1. La Chine confirme que, si le Groupe spécial conclut que les seuils de la Chine sont incompatibles avec la première phrase de l'article 61, il doit aussi conclure à l'incompatibilité avec la deuxième phrase de l'article 61 et avec l'article 41:1. Nous ne sommes pas non plus d'accord avec l'affirmation gratuite de la Chine selon laquelle il incombe aux États-Unis "une charge de la preuve particulièrement lourde s'agissant de soutenir cette allégation".

II. MESURES À LA FRONTIÈRE PRÉVUES PAR LA CHINE POUR LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES SAISIES

16. Les dispositions pertinentes de l'article 59 prévoient que "les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46". En l'espèce, il y a lieu d'examiner particulièrement deux des phrases de l'article 46. *Premièrement*, les autorités des Membres compétentes pour appliquer les mesures de répression à la frontière "seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient ... écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou ... détruites". *Deuxièmement*, "[p]our ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux".

17. En contradiction avec les dispositions de l'article 59, les douanes chinoises ne sont pas, comme elles devraient l'être, habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises contrefaites, en conformité avec ces principes énoncés à l'article 46. Il en est ainsi parce que l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes, qui met en application l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes adopté par le Conseil des affaires de l'État, énonce une série d'étapes que les douanes doivent obligatoirement suivre dans l'ordre prescrit, pour décider du sort des marchandises saisies lorsqu'elles ont constaté que ces marchandises portent atteinte à des droits de propriété intellectuelle.

18. La Chine déclare que l'article 59 ne l'oblige pas à conférer un pouvoir inconditionnel à ses services. Cependant les règles de l'Accord sur les ADPIC n'*obligent* pas la Chine à détruire ou mettre hors circuit toutes ces marchandises conformément aux principes de la première phrase de l'article 46. La vraie question est de savoir si la douane est autorisée par la loi à prendre des décisions dans des circonstances particulières. Les douanes doivent être "habilitées", c'est-à-dire qu'elles devraient avoir le *pouvoir* de choisir entre les différentes options – conformément aux principes de l'article 46 – dès

qu'il est constaté que les marchandises sont contrefaites et jusqu'au moment où il en est finalement disposé.

19. Dans la première étape de la hiérarchie obligatoire, les douanes doivent décider si les marchandises contrefaites peuvent être utilisées dans l'"intérêt général". Si la réponse est affirmative, elles doivent ou bien en faire don à un "organisme d'aide sociale", ou bien autoriser le détenteur du droit à acquérir les marchandises "à titre de compensation".

20. La Chine a confirmé qu'il ne peut y avoir don aux "organismes d'aide sociale" si les marchandises ne sont pas adaptées à cette fin. Dans les cas où elles le sont, les États-Unis sont heureux d'apprendre que les douanes chinoises remettent les marchandises saisies à des organismes caritatifs comme la Croix-Rouge chinoise. La Chine signale également l'obligation générale d'"exercer la supervision nécessaire" lorsque les marchandises sont utilisées à des "fins d'aide sociale". Cependant, l'article 17 de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale (pièce US-59) autorise les organismes d'aide sociale à mettre sur le marché dans certains cas les marchandises qu'elles ont reçues en don. Cela démontre que l'option du don ne garantit pas que les marchandises resteront hors des circuits commerciaux et qu'il ne sera pas porté préjudice au détenteur du droit.

21. Lorsque le don n'est pas approprié, les autorités chinoises doivent proposer au détenteur du droit d'acheter les marchandises contrefaites. Cette mesure obligatoire ne permet pas de mettre hors circuit les marchandises "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit", comme le prescrit l'article 46, puisque, en payant des marchandises contrefaites, le titulaire subira un préjudice financier correspondant au prix payé.

22. Si la remise des marchandises contrefaites à un organisme d'aide sociale n'est pas possible, et que le détenteur du droit ne s'en porte pas acquéreur, les douanes doivent alors recourir à la vente aux enchères publiques. Ce système chinois de vente aux enchères n'est pas conforme aux principes incorporés dans l'article 59. Mettre aux enchères les marchandises saisies revient à les introduire dans les circuits commerciaux et non à en disposer de manière à éviter tout préjudice au détenteur du droit. La Chine ne conteste pas que la vente aux enchères constitue une introduction dans les circuits commerciaux. Ne serait-ce que pour ces raisons, la mise aux enchères obligatoire prévue pas les mesures chinoises est incompatible avec les principes de l'article 46.

23. La Chine affirme que le droit formel du détenteur du droit de faire des observations avant la vente aux enchères des marchandises aide à éviter qu'il lui soit porté préjudice. Ce n'est cependant pas le droit d'*empêcher* la mise aux enchères. Une vente aux enchères publiques peut causer un grave préjudice au détenteur du droit, puisque le contrevenant ou l'importateur peuvent tout simplement y acheter les marchandises saisies.

24. En ce qui concerne en particulier les marchandises de marque contrefaites, cette solution de la vente aux enchères publiques est également incompatible avec le principe de la quatrième phrase de l'article 46, selon lequel les marchandises ne pourront être introduites dans les circuits commerciaux après retrait de la marque apposée illicitement que "dans des circonstances exceptionnelles". La Chine affirme que cette obligation n'est pas un principe au sens de l'article 59, ce qui est contredit par le sens ordinaire de cet article. La Chine n'invoque pas de formule restrictive dans le texte de l'article 59 qui aurait pour effet d'y incorporer de manière sélective les obligations énoncées à l'article 46.

25. Ce n'est que si la vente aux enchères n'est pas possible que les douanes chinoises ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites. Nous rappelons que, dans le cadre des mesures chinoises, cette étape ne sera pas atteinte s'il est possible de recourir à l'une des options précédentes. Par conséquent, dans ces situations, les douanes chinoises ne sont pas habilitées en droit à détruire les marchandises contrefaites.

26. La Chine soutient qu'elle a une "grande latitude" pour déterminer que des marchandises contrefaites ne se prêtent pas aux méthodes de mise hors circuit, et qu'elle est par conséquent habilitée à ordonner la destruction. Cependant, les Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes prévoient que, en présence de certaines circonstances factuelles, les fonctionnaires des douanes ne peuvent disposer des marchandises que de la manière prescrite. Dans chacune de ces circonstances, il n'est pas loisible aux autorités douanières d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites.

III. ARTICLE 4 DE LA LOI CHINOISE SUR LE DROIT D'AUTEUR

27. La première phrase de l'article 4 de la loi dispose que les "œuvres dont la publication ou la distribution est illégale ne sont pas protégées par la présente loi". Dans sa première communication, la Chine n'a pas dissipé un certain nombre de préoccupations concernant l'application pratique *en droit* de l'article 4 – dont le texte énonce de manière claire et directe le refus de la protection du droit d'auteur. Les explications données par la Chine sur l'action de sa NCAC ne répondent pas aux préoccupations que suscite le fait que, en droit, la première phrase de l'article 4 refuse la protection du droit d'auteur aux œuvres dont le contenu est encore en instance d'examen.

28. Ce qui est plus important, c'est que la Chine, dans sa communication, paraît concéder que l'article 4 n'est pas conforme à l'Accord sur les ADPIC. La Chine reconnaît que la première phrase de l'article 4 refuse la protection aux œuvres dont le contenu est prohibé. La NCAC confirme en outre que, aux fins de la procédure administrative, l'article 4 refuse la protection par le droit d'auteur des "œuvres dont le contenu est illégal". La Chine paraît donc confirmer qu'elle refuse de protéger le droit d'auteur sur les œuvres comportant un contenu illégal – contenu dont les autorités chinoises déterminent qu'il est contraire à la loi.

29. Ainsi, d'une manière qui contrevient aux obligations assumées par la Chine en vertu de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC (et des dispositions de la Convention de Berne auxquelles renvoie cet article), l'article 4 refuse la protection du droit d'auteur à des œuvres qui ont droit normalement à cette protection. L'article 2(1) de la Convention de Berne dispose que les œuvres protégées par la Convention comprennent "*toutes* les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique ..." (pas d'italique dans l'original), et l'article 2(6) ajoute que ces œuvres jouissent de la protection partout où s'applique la Convention. L'exclusion globale de certaines œuvres illégales qu'opère l'article 4 est donc incompatible avec la Convention de Berne.

30. De plus, puisque l'article 4 refuse à certaines œuvres la protection par le droit d'auteur, l'ensemble des droits exclusifs reconnus par l'article 10 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur leur est aussi refusé. En conséquence, l'article 4 n'est pas conforme aux dispositions de l'article 5(1) de la Convention de Berne, qui garantit certains droits exclusifs. De fait, sans la protection du droit d'auteur, le détenteur n'a pas les moyens de faire respecter ses droits sur l'œuvre. En conséquence, les auteurs de ces œuvres ne bénéficient pas non plus des mesures correctives prévues par les articles 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur en cas d'atteinte à leurs droits. C'est pourquoi la Chine ne s'acquitte pas des obligations que lui imposent l'article 41:1 et la première et la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

31. La Chine n'a pas répondu aux préoccupations exprimées par les États-Unis concernant les incidences de l'examen du contenu sur la protection du droit d'auteur. *Premièrement*, les États-Unis ne sauraient admettre que la pratique de la NCAC représente une interprétation définitive de l'article 4, du moins en ce qui concerne les obligations qu'impose l'Accord sur les ADPIC de prévoir des mesures correctives pénales et civiles pour les violations du droit d'auteur portées devant les tribunaux et le parquet. *Deuxièmement*, en ce qui concerne l'affaire *Zheng Haijin*, on voit mal en quoi ce document répond aux arguments des États-Unis; selon la NCAC, l'éditeur en cause avait violé les lois chinoises sur les numéros de publication, et non les lois chinoises sur le contenu. *Troisièmement*,

ce sont les tribunaux qui appliquent la loi dans les affaires en jugement, et non pas la NCAC. En fait, la Cour populaire suprême de la Chine a publié dans cette affaire un avis (pièce US-60), dans lequel elle semble avoir considéré que la protection du droit d'auteur était subordonnée à l'approbation du contenu de l'œuvre à l'issue d'un examen.

32. Dans la mesure où la première phrase de l'article 4 fait dépendre l'exercice et la jouissance des droits d'auteur en matière civile et pénale du résultat favorable d'un examen du contenu, l'article 4 paraît aussi être incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne et, pour la même raison, incompatible également avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE A-3

DÉCLARATION ORALE FINALE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Au nom des États-Unis, nous aimerions tout d'abord remercier le Groupe spécial, le personnel du Secrétariat et la délégation de la Chine du temps et de l'attention qu'ils nous ont consacrés pendant notre session cette semaine.

I. INTRODUCTION

2. À l'issue de cette première réunion du Groupe spécial, compte tenu des communications et déclarations faites par les parties et par les tierces parties, nous aimerions présenter quelques observations.

3. À notre avis, la réunion de cette semaine a été l'occasion de débats utiles qui aideront le Groupe spécial à apprécier si les trois séries de mesures chinoises que nous avons contestées sont compatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

4. Premièrement, nous appelons l'attention du Groupe spécial sur les vues exprimées par les tierces parties selon lesquelles la charge de la preuve ne revêt pas un caractère particulier dans le présent différend. En fait, comme dans tous les différends, la charge de la preuve en l'espèce est celle qui est prévue par le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"). Nous sommes heureux de noter que la Chine semble maintenant admettre qu'aucune des allégations qui font l'objet du présent différend ne nécessite l'application d'un critère plus strict en matière de preuve.[1]

5. Nous sommes convaincus que cette réunion confirme que les États-Unis ont pleinement démontré que les mesures chinoises en cause sont incompatibles avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC.

II. LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE FIXÉS PAR LA CHINE EN CAS DE CONTREFAÇON DE MARQUE ET DE PIRATAGE DE DROITS D'AUTEUR

6. Les obligations énoncées par l'article 61 sont claires et dépourvues d'ambiguïté. Les Membres doivent ériger en délit pénal tous les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte au droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les Membres de l'OMC sont tenus d'appliquer cette norme minimale dans leurs régimes internes de propriété intellectuelle.

7. Nous appelons en particulier l'attention du Groupe spécial sur le point de vue exprimé par un certain nombre de Membres de l'OMC ayant la qualité de tierces parties dans le présent différend, selon lequel les normes minimales en matière de répression que l'article 61 a définies pour tous les Membres de l'OMC ne sont pas modifiées par l'article 1:1 ni par l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis rappellent le libellé de la première phrase de l'article 1:1, en vertu duquel, au contraire, la Chine doit "donner effet" aux obligations de l'article 61.

8. S'agissant de l'article 61, il est regrettable que la Chine, dans sa déclaration orale, continue de déformer la position des États-Unis concernant l'interprétation à donner à l'expression "à une échelle commerciale" à l'article 61. Comme nous l'avons exposé aux paragraphes 108 à 110 de notre

[1] Première déclaration orale de la Chine, paragraphe 39.

première communication et au paragraphe 17 de notre déclaration orale, échelle commerciale ne se confond pas avec "but" commercial ou "intention" commerciale.

9. Permettez-moi de préciser une nouvelle fois la position des États-Unis. Cette position repose sur les principes établis qui régissent l'interprétation des traités dans le système de règlement des différends de l'OMC, conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Les personnes qui exercent des activités commerciales (et dont la motivation est donc bien de réaliser un profit) agissent sur une "échelle" qui est "commerciale". Mais l'analyse ne se résume pas à cela. L'"échelle" de ce qui est "commercial" sur chaque marché variera nécessairement en fonction de nombreux facteurs, y compris l'objet de l'infraction et les débouchés ouverts aux marchandises contrefaites.

10. De fait, si l'obligation imposée par l'Accord sur les ADPIC de prévoir des procédures et sanctions pénales pour les actes de contrefaçon de marque et de piratage des droits d'auteur commis à une "échelle commerciale" est immuable, les situations factuelles correspondant à l'"échelle commerciale" peuvent changer avec le temps, selon l'évolution technologique et les conditions du marché.

11. Par ailleurs, l'Accord sur les ADPIC traite des mesures correctives *non pénales* dans les autres sections de sa Partie III. En conséquence, les mesures correctives *non pénales* des Membres ne sont pas assujetties aux obligations énoncées à la section 5 de l'Accord sur les ADPIC qui porte sur les "procédures pénales", et elles ne sont pas non plus pertinentes pour l'examen de la question de savoir si un Membre se conforme à ces obligations.

12. Lorsque nous appliquons le critère de l'article 61, il apparaît à l'évidence que les mesures de la Chine ne prévoient pas de sanctions et procédures pénales pour tous les actes délibérés de contrefaçon et de piratage commis à l'échelle commerciale.

13. Le *premier* problème fondamental est que les seuils de la Chine sont fixés à un tel niveau, et calculés d'une telle manière, qu'ils ne permettent pas de poursuivre et de condamner les auteurs de violations des droits dont l'activité, par sa valeur ou son volume, bien qu'en deçà des seuils, n'en est pas moins à une échelle "commerciale".

14. Le *second* problème fondamental est que, en raison de la structure des seuils, les autorités chinoises sont obligées de s'en remettre exclusivement à un ensemble limité de critères uniformes pour apprécier les actes de contrefaçon et de piratage pouvant donner lieu à des poursuites ou condamnations pénales en droit chinois. Toute une série de facteurs sont susceptibles de constituer des éléments de preuve de l'"échelle commerciale", mais la rigidité des seuils pénaux fixés par la Chine interdit leur utilisation. À cet égard, les États-Unis aimeraient relever les nombreux facteurs potentiellement pertinents évoqués par plusieurs Membres de l'OMC tierces parties dans cette affaire.

15. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, les États-Unis sont sensibles aux efforts sincères des responsables de l'application de la loi qui, dans toute la Chine, luttent avec dévouement contre la contrefaçon et le piratage. Malheureusement, c'est la loi elle-même qui est un obstacle ici.

16. Il est regrettable que, en raison des seuils des poursuites pénales en cas d'infraction aux droits de propriété intellectuelle, le parquet et les juges chinois ne puissent, en droit, réprimer les actes de piratage et de contrefaçon "à une échelle commerciale" qui, restant en deçà des seuils forfaitaires de volume ou de valeur, sont à l'abri des poursuites et sanctions pénales. Cet état du droit est aussi incompatible avec les obligations assumées par la Chine dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

III. LES MESURES À LA FRONTIÈRE POUR LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES QUI ONT ÉTÉ CONFISQUÉES

17. En ce qui concerne notre deuxième allégation, comme nous l'avons expliqué dans notre première communication et dans notre déclaration orale, les règlements douaniers de la Chine établissent une hiérarchie obligatoire de mesures, que les autorités douanières chinoises sont tenues de respecter. La rigidité du système enlève aux autorités douanières leur liberté d'action si bien que, dans de nombreuses circonstances, elles n'ont pas compétence, et encore moins pouvoir discrétionnaire, pour agir conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46 en ce qui concerne la mise hors circuit ou la destruction des marchandises.

18. Nous relevons à cet égard que la Chine n'a pas contesté la pertinence des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes pas plus que le caractère contraignant de ce texte.[2] Mais la Chine affirme maintenant que les douanes ont un pouvoir d'appréciation suffisant pour agir conformément aux principes énoncés à l'article 46. Elle le fait en qualifiant les obligations des douanes en matière de constatation de fait, qui déterminent quelle étape de la hiérarchie est applicable, de "pouvoir d'appréciation". Cependant, cette affirmation ne tient pas compte du texte même des mesures de la Chine.

19. Lorsque les douanes atteignent une certaine étape de la hiérarchie, si des circonstances factuelles particulières sont réunies, les Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes imposent aux douanes de prendre certaines mesures prescrites qui ne satisfont pas aux principes énoncés à l'article 46. Or, l'article 59 fait obligation aux Membres d'habiliter leurs autorités à agir conformément à ces principes.

20. La rigidité du système chinois empêche de même les autorités chinoises de se conformer au principe énoncé dans la dernière phrase de l'article 46, puisque, dès lors que la vente aux enchères devient l'étape prescrite par la hiérarchie adoptée par la Chine, les douanes sont tenues, lorsque cela est possible, de vendre aux enchères les marchandises après avoir retiré la marque contrefaite.

IV. L'ARTICLE 4 DE LA LOI CHINOISE SUR LE DROIT D'AUTEUR ET LE REFUS DE LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR

21. Le texte de l'article 4.1 est simple et direct. La première phrase de l'article 4 dispose que les "œuvres dont la publication ou la diffusion est illégale ne sont pas protégées par la présente loi".

22. Rien dans les éléments produits par la Chine ne contredit le sens clair de cette disposition – à savoir que l'article 4.1 refuse la protection par le droit d'auteur aux œuvres dont le contenu n'a pas été approuvé. Comme nous l'avons relevé dans notre déclaration orale, la pratique administrative de la NCAC qu'invoque la Chine ne démontre pas que l'article 4.1 soit appliqué de façon contraire à son texte. En conséquence, les éléments de preuve continuent d'indiquer que la Chine ne satisfait pas aux obligations que lui impose l'Accord sur les ADPIC (y compris les obligations de la Convention de Berne incorporée par renvoi) de prévoir tout l'éventail des droits et de prévoir ces droits dès la création de l'œuvre, sans que ne soient imposées des formalités. De plus, cela signifie que la Chine ne prévoit pas de mesures correctives civiles et pénales pour les infractions jugées par les tribunaux.

23. Compte tenu de ce qui précède, les États-Unis considèrent que l'article 4.1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur est incompatible avec les obligations résultant pour la Chine de l'Accord sur les ADPIC.

[2] Pièce US-6.

V. CONCLUSION

24. Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial, nous tenons à vous remercier de nouveau, ainsi que vos collaborateurs du Secrétariat, pour les efforts que vous déployez pour ce différend, et pour le temps et l'attention que vous nous avez accordés cette semaine. Nous attendons avec intérêt de recevoir le texte écrit de vos questions, et nous serons heureux de déposer nos réponses et notre communication à titre de réfutation. Nous serons aussi heureux de vous revoir au mois de juin.

ANNEXE A-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS À TITRE DE RÉFUTATION

I. INTRODUCTION

1. Nous montrerons dans la présente communication comment les arguments exposés par la Chine dans sa première communication écrite, dans sa déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial et dans ses réponses aux questions du Groupe spécial ne réfutent pas de manière convaincante la thèse démontrée par le États-Unis dans leur première communication écrite, à savoir que les mesures de la Chine, dans certains domaines, sont incompatibles avec les obligations que celle-ci a assumées en vertu de l'Accord sur les ADPIC.

II. LES SEUILS RÉGISSANT L'ENGAGEMENT DE PROCÉDURES ET L'APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES FIXÉS PAR LA CHINE POUR LES ACTES DE CONTREFAÇON DE MARQUE ET DE PIRATAGE DE DROITS D'AUTEUR SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS ASSUMÉES PAR LA CHINE EN VERTU DES ARTICLES 61 ET 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

2. Les États-Unis se sont acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait en démontrant de manière convaincante que les mesures de la Chine sont incompatibles avec les obligations découlant pour elle des première et deuxième phrases de l'article 61 et de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis, et un certain nombre de tierces parties, ont produit de nombreux exemples concrets de la manière dont les seuils fixés par la Chine permettent la commission d'actes délibérés de contrefaçon de marque et de piratage de droits d'auteur à une échelle commerciale. La Chine n'a pas contesté que des "actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur" se produisent dans de nombreux cas sans que ces seuils soient atteints et, comme les États-Unis l'ont démontré, la Chine n'a pas établi de sanctions et de procédures pénales pour un grand nombre de tels actes qui sont commis "à une échelle commerciale".

A. PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

3. L'obligation énoncée à la première phrase de l'article 61 comprend plusieurs éléments. La Chine "prévoira" des procédures et sanctions pénales "applicables au moins" en cas d'"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". La Chine fait observer que l'aspect essentiel de cette allégation concerne le sens de l'expression "à une échelle commerciale". Les États-Unis en conviennent et ils ont donné une interprétation de l'expression "échelle commerciale" qui est conforme aux règles coutumières d'interprétation codifiées par la *Convention de Vienne.*

4. L'expression "échelle commerciale" est expliquée en détail par les États-Unis dans leur première communication. Deux éléments en particulier ressortent du sens ordinaire du terme. Premièrement, en employant le terme "*échelle* commerciale", l'Accord sur les ADPIC dispose clairement que les Membres de l'OMC doivent ériger en délit pénal les actes de violation qui revêtent une certaine ampleur ou importance. Deuxièmement, par l'emploi du terme "échelle *commerciale*", l'Accord sur les ADPIC établit un lien avec le marché commercial – sur lequel les auteurs de violations des droits de propriété intellectuelle agissant dans un esprit de lucre recueillent les fruits de leurs actes de contrefaçon ou de piratage. Il est donc clair que, dans leur sens ordinaire, les termes "échelle commerciale" s'appliquent à ceux qui exercent des activités commerciales, y compris les activités de fabrication, de distribution et de vente au détail.

5. Selon la Chine, la position des États-Unis est que "échelle commerciale" ne signifie rien d'autre que "but commercial". Ce n'est certainement pas là le point de vue des États-Unis. Cela dit, le contrevenant qui cherche sérieusement à réaliser des bénéfices financiers sur le marché agit *nécessairement* à une "échelle" qui est "commerciale" et relève donc du sens ordinaire du terme. Cependant, le sens du terme "échelle commerciale" ne dépend pas de l'intention du contrevenant. Un contrevenant animé d'une intention différente peut agir ou non à une "échelle commerciale".

6. La Chine allègue aussi que les États-Unis interprètent de façon erronée le sens ordinaire du terme "échelle commerciale" en examinant individuellement le sens du mot "commerciale" et celui du mot "échelle". C'est là cependant une méthode parfaitement acceptable d'interprétation, qui est analogue à celle qu'ont suivie par le passé les groupes spéciaux et l'Organe d'appel.

7. La Chine invite le Groupe spécial à ne pas tenir compte du sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" expliqué en détail par les États-Unis, à laquelle elle substitue une notion qu'elle intitule "activité d'une ampleur considérable", ce qui n'est pas conforme aux règles coutumières de la *Convention de Vienne*. *Premièrement*, l'interprétation proposée par la Chine est contraire au sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale". Elle fait abstraction du mot "commerciale" à l'article 61, en assimilant pour ainsi dire "commerciale" et "considérable"; en outre, le mot "échelle" dénote une "*certaine* ampleur ou importance", et non pas une "ampleur ou importance *considérable*". Tout en soutenant que le sens qu'elle avance découle de l'"usage courant" et des "déclarations des parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC", la Chine ne produit aucune preuve de ce que les négociations du Cycle d'Uruguay auraient dégagé une sorte d'interprétation dominante de l'expression "échelle commerciale" à partir des sources éparses citées par la Chine. Ces références isolées sont manifestement insuffisantes pour constituer une forme quelconque d'"usage courant". Dans ces autres sources, lorsque l'expression "échelle commerciale" est utilisée dans le contexte de la "production" ou de la "fabrication", rien n'indique qu'elle ne soit pas applicable à d'autres actes – par exemple le commerce de détail. En outre, l'article 61 ne mentionne pas la "fabrication" ou la "production" – il ne cite que la "contrefaçon" et le "piratage".

8. La Chine invoque un document du Comité d'experts de l'OMPI sur la contrefaçon et le piratage de 1988 et les débats qui l'ont accompagné, mais ceux-ci n'étayent en rien l'interprétation qu'elle propose de l'article 61 pour de nombreuses raisons. Premièrement, le statut de ce document au regard de la *Convention de Vienne* n'est pas clair – la Chine n'ayant pas soutenu qu'il y avait lieu d'en tenir compte en vertu de l'article 31 ou de l'article 32 de la *Convention*. En fait, ce document de l'OMPI ne constitue pas un "moyen complémentaire d'interprétation" approprié au sens de l'article 32 de la *Convention* pour de multiples raisons. Les débats du Comité de l'OMPI étaient indépendants des négociations sur l'Accord sur les ADPIC, le document n'a pas fait l'objet d'un consensus et le Comité d'experts de l'OMPI (et, à plus forte raison, les États membres de l'Organisation) n'ont pas adopté le document invoqué par la Chine.

9. Quand bien même on admettrait que ce document puisse être considéré comme un "moyen complémentaire d'interprétation", l'application normale des principes de la *Convention de Vienne* à l'expression "échelle commerciale" n'en laisse pas le sens "ambigu ou obscur" et elle ne conduit pas non plus à "un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable". En conséquence, le document ne pourrait être utilisé à bon droit que pour confirmer une interprétation à laquelle on serait parvenu en appliquant les règles de l'article 31 de la *Convention de Vienne*.

10. Dans ce contexte, le document de l'OMPI vient confirmer l'interprétation des États-Unis, car il appuie le point de vue des États-Unis selon lequel l'étendue de l'échelle commerciale ne peut se réduire simplement à une valeur ou un volume chiffré. Au contraire, toute une série (non limitative) de facteurs serait à prendre en considération, y compris les "circonstances" de la fabrication, la "volonté de réaliser des bénéfices" et la manière dont les produits "seront utilisés", en sus de la "quantité de marchandises" fabriquées. Les seuils numériques rigides et élevés fixés par la Chine sont

très éloignés de cette liste non limitative de critères. Les États-Unis, appuyés en cela par un certain nombre de tierces parties, considèrent qu'il faudrait tenir compte de toute une gamme de facteurs quantitatifs et qualitatifs pour faire en sorte que toutes les activités menées à une "échelle commerciale" soient assujetties à cette discipline.

11. De plus, la "définition" donnée par le Comité de l'OMPI de l'"échelle commerciale" n'a pas servi de base aux négociations sur l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Aucune "définition" n'avait d'ailleurs été adoptée par le Comité de l'OMPI; et, même si la Chine a raison de dire que les dispositions types du Comité de l'OMPI ont été portées à l'attention des participants aux négociations sur l'Accord sur les ADPIC, la notion particulière de "à une échelle commerciale" dans le cadre de l'article 61 est apparue au cours des négociations de l'Accord. L'objet sur lequel portaient ces premières discussions invoquées par la Chine est extrêmement différent du contexte dans lequel le terme "échelle commerciale" a finalement été retenu par les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC, à savoir la définition des actes de contrefaçon de marque et de piratage des droits d'auteur qui doivent être passibles de procédures et sanctions pénales.

12. La Chine invoque aussi en vain le document de l'OMPI à l'appui de sa tentative pour limiter la portée de l'article 61 aux seules activités à "grande échelle", telles que la fabrication de produits contrefaits. Rien dans le sens ordinaire du mot "commerciale" n'implique qu'il soit limité au contexte industriel. Si l'intention des négociateurs de l'Accord sur les ADPIC avait été que les obligations ne s'appliquent qu'à la production de niveau industriel, ils auraient sans doute utilisé les termes "échelle industrielle" au lieu d'"échelle commerciale". Quoi qu'il en soit, la référence à la "fabrication à une échelle commerciale" n'a pas été retenue dans le texte final de l'article 61. L'omission du mot "fabrication" – qui figurait cependant dans le document de l'OMPI – tend à confirmer que d'autres activités commerciales, la vente au détail et la vente en gros par exemple, sont comprises dans le sens de l'expression "à une échelle commerciale" à l'article 61. Le document prévoit d'ailleurs que la vente au détail peut également constituer un acte de contrefaçon ou de piratage, puisqu'il se reporte aux principes énoncés dans la section sur la fabrication pour incorporer la notion d'"échelle commerciale" dans le contexte de la vente au détail.

13. Les discussions du Comité de l'OMPI n'étayent pas non plus l'interprétation que la Chine propose des termes "échelle commerciale" comme exprimant une "notion large et souple". Dans la mesure où la Chine prétend que ces discussions font apparaître un consensus sur le sens variable de ce terme tel qu'il est utilisé à l'article 61, ou qu'elles offrent à la Chine une base pour ne pas se conformer à l'obligation énoncée dans cet article, l'argumentation de la Chine fait long feu. Le sens de ces termes à l'article 61 est clair, et leur application par tous les Membres de l'OMC est uniforme.

14. *Deuxièmement*, le contexte dans lequel la Chine prétend interpréter l'article 61 ne lui sera non plus d'aucun secours. L'argument de la Chine selon lequel les articles 1:1 et 41:5 lui permettent de définir elle-même les obligations que lui impose l'article 61 contredit le texte clair de ces dispositions. Premièrement, comme le montre bien le texte de sa dernière phrase, l'article 1:1 concerne la *méthode* par laquelle un Membre met en œuvre les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, et non pas la question de savoir *si ou dans quelle mesure* un Membre devrait les mettre en œuvre. S'il est vrai que, au cours des négociations, les Membres de l'OMC ont exprimé des vues divergentes sur différents projets de dispositions de l'Accord sur les ADPIC, les négociateurs se sont ralliés au texte final. La première phrase de l'article 1:1 énonce que les Membres "donneront effet aux dispositions" de l'Accord; l'article 1:1 étant par conséquent sans incidence sur les obligations inscrites à l'article 61, la Chine doit appliquer les dispositions de l'article 61 d'une manière conforme aux termes de celui-ci.

15. De même, l'article 41:5 porte sur la mise en œuvre par les Membres de leurs obligations de faire respecter les droits, qui sont inscrites dans la Partie III, et non pas du contenu même de ces obligations. La seconde phrase de cet article porte sur la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter la loi en général et les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

L'article 41:5 ne prévoit pas d'exception aux obligations de fond de l'article 61, et il n'en modifie pas non plus la portée. Les États-Unis ne prétendent pas que la Chine doive changer les moyens qu'elle utilise pour faire respecter sa loi en général, ils soutiennent seulement que les seuils d'infraction fixés par la Chine ne répondent pas aux normes minimales énoncées dans l'article 61.

16. Que la Chine décide de poursuivre effectivement des actes peu importants de contrefaçon de marques ou de piratage de droits d'auteur commis délibérément et "à une échelle commerciale", ce n'est pas ce qui est en cause ici. En conséquence, le niveau de ressources que la Chine décide de consacrer à cette répression est, pour les points de droit en cause dans ce différend, sans pertinence.

17. Les autres arguments contextuels avancés par la Chine au sujet de l'expression "échelle commerciale" sont de même dépourvus d'utilité. Ses arguments selon lesquels l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne "ne donnent pas de définition de l'atteinte au droit" sont purement et simplement sans pertinence, parce que les États-Unis n'allèguent pas en l'espèce que, les seuils mis à part, il existe des types ou des catégories d'actes constitutifs d'"actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte au droit d'auteur" (pour reprendre les termes de l'article 61) pour lesquels la Chine a omis de prévoir des procédures et sanctions pénales dans le cadre des articles 213, 214, 215, 217 et 218. Ce que les États-Unis reprochent à la Chine, c'est de ne pas les prévoir pour tous les actes "délibérés de contrefaçon des marques de fabrique et de commerce ou de piratage portant atteinte au droit d'auteur" qui se produisent "à une échelle commerciale".

18. De plus, l'accusation de la Chine selon laquelle les États-Unis "imposent un critère international concret et rigide" d'"échelle commerciale" est elle aussi dépourvue de fondement. Établir une obligation relative aux dispositions minimales que doivent prendre les Membres de l'OMC pour faire respecter les droits, c'est précisément ce que fait l'Accord sur les ADPIC. En outre, les affirmations de la Chine selon lesquelles l'article 61 manque de "spécificité" n'avancent en rien la cause de la Chine. Qu'elle compare autant qu'elle le voudra l'article 61 à d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC et d'autres Accords de l'OMC, cela ne l'aidera pas à éluder les prescriptions de l'article 61.

19. *Troisièmement*, les allégations de la Chine concernant l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC sont dépourvues de pertinence. Une lecture sérieuse du Préambule n'étaye pas la thèse chinoise. En outre, donner un sens à la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, y compris l'article 61, ne revient pas à "harmoniser" les systèmes de droit. La Chine est libre de prévoir un régime de répression analogue, par exemple, à ceux qui sont en place dans les pays de tradition "civiliste".

20. *Quatrièmement*, l'invocation par la Chine des actes ultérieurs des Membres n'apporte pas la preuve d'une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité" au sens de l'article 31(3) de la *Convention de Vienne*, qui témoignerait d'un accord entre les Membres de l'OMC sur l'interprétation de l'article 61. Les dispositions des accords de libre-échange des États-Unis sont sans pertinence pour l'interprétation par le Groupe spécial de l'accord visé ici, à savoir l'Accord sur les ADPIC. De même, la Chine allègue en vain que les pratiques suivies par certaines tierces parties au différend constituent une sorte de "pratique ultérieurement suivie" au sens de la *Convention de Vienne*. Cette allégation est réfutée par ces tierces parties.

21. *Cinquièmement*, la Chine laisse entendre que "échelle commerciale" pourrait avoir un sens particulier, possibilité prévue par l'article 31(4) de la *Convention de Vienne*. Cependant, rien dans les communications de la Chine ou d'autres textes n'atteste l'existence d'un "sens particulier" des termes "échelle commerciale".

22. *Sixièmement*, c'est aussi en vain que la Chine s'appuie sur l'histoire des négociations de l'Accord sur les ADPIC. Pour les raisons indiquées plus haut, l'allégation de la Chine selon laquelle

l'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC confirme son point de vue sur le critère d'"échelle commerciale" ("contrefaçon et piratage d'une ampleur considérable") est inexacte; il conforte au contraire la position des États-Unis.

23. Enfin, les arguments de la Chine concernant la déférence due à son droit pénal doivent également être écartés. Ce que soutient la Chine équivaut à inviter le Groupe spécial à abandonner les principes d'interprétation des traités dont les Membres de l'OMC sont convenus qu'ils doivent régir les travaux du Groupe spécial. Ces arguments concernant la spécificité du droit pénal n'ont rien à voir avec la question essentielle: celle de savoir si la Chine s'est acquittée des obligations qu'impose l'article 61. Lorsque la Chine est devenue Membre de l'OMC, elle a aussi accepté de faire en sorte que ses lois pénales contre le piratage et la contrefaçon répondent aux critères fixés dans l'Accord sur les ADPIC. De plus, alors que la Chine insiste pour que le Groupe spécial tienne compte de la règle "*in dubio mitius*", il n'est nullement besoin en l'espèce de recourir à cette notion, puisque le sens des mots "échelle commerciale" se dégage par application des règles générales d'interprétation énoncées à l'article 31 de la *Convention de Vienne*.

B. EN CONTRAVENTION DE L'ARTICLE 61, LES MESURES DE LA CHINE NE PRÉVOIENT PAS DE PROCÉDURES ET DE SANCTIONS PÉNALES 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

24. Les seuils d'infraction de la Chine créent un bouclier pénal qui empêche le recours à des procédures et sanctions pénales pour tous les cas de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale. Sans nier l'existence de ce problème crucial du bouclier pénal, la Chine entreprend de contester le *degré*, mais non pas la *matérialité* de cette anomalie. Le premier problème fondamental que posent les seuils de la Chine est qu'ils ne permettent pas de poursuivre et de condamner les auteurs d'actes de contrefaçon lorsque la valeur ou le volume que représentent ces actes est en deçà des seuils, alors qu'ils sont quand même commis "à une échelle commerciale". À aucun moment, la Chine ne prétend qu'il soit possible de poursuivre ou de sanctionner pénalement en vertu des articles 213, 214, 215, 217 et 218 un quelconque acte de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte au droit d'auteur en deçà de ces seuils. La Chine ne réfute nullement le problème essentiel soulevé par les États-Unis dans le cadre de l'allégation concernant l'article 61, à savoir que, dans le cas où n'est pas atteint au moins un des seuils, il ne peut y avoir de poursuites et de condamnations pénales.

25. La Chine adopte une tactique différente: elle s'emploie à minimiser l'importance du bouclier pénal. Tout d'abord, la Chine réagit à certaines explications des États-Unis concernant la nature des seuils en s'efforçant de démontrer que des actes menés "à une échelle commerciale" peuvent être appréhendés dans certaines circonstances. Cependant, l'application de *l'un* des différents seuils *ou de tous* laisse encore une quantité d'actes de piraterie et de contrefaçon commis à l'échelle commerciale à l'abri des poursuites et condamnations pénales. De plus, la Chine concède que, dans le calcul de certains seuils, les tribunaux n'utilisent qu'en dernier lieu le prix de la marchandise authentique. Cette méthode d'évaluation exacerbe le problème du bouclier pénal en créant une plus grande marge d'impunité que cela ne serait le cas si la Chine utilisait une méthode fondée sur le prix des produits authentiques.

26. Deuxièmement, la Chine conteste la description que font les États-Unis du fonctionnement des seuils, et semble soutenir à tort que les dispositions relatives au calcul des seuils dans le cadre des mesures en cause n'ont pas à être examinées au regard de l'article 61. Ce que la Chine qualifie de critères "en matière de preuve" sont en fait des éléments importants pour la question de savoir si la Chine s'acquitte de l'obligation qu'elle tient de l'article 61: ce sont eux qui font que les "procédures pénales" et les "sanctions pénales" ne sont pas "appliquées" à certains actes délibérés de contrefaçon de marque et de piratage des droits d'auteur. En fait, les seuils de la Chine constituent un large

bouclier pénal ayant la *capacité* de mettre à l'abri des opérations commerciales, invitant ainsi les contrefacteurs et les pirates à organiser leurs opérations commerciales de manière à profiter de ces seuils.

27. Les arguments avancés par la Chine au sujet du fonctionnement des seuils, notamment celui selon lequel les seuils peuvent être calculés sur une longue durée et que le calcul peut inclure les marchandises se trouvant dans d'autres entrepôts, ne font pas non plus échec à la thèse des États-Unis. Premièrement, l'article 12 de l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 indique clairement que les valeurs correspondant au "volume des activités commerciales et licites", aux "gains illicites" et au "montant des ventes" ne peuvent être cumulées que si la commission de ces actes n'a pas entraîné l'imposition d'une sanction administrative ou d'une sanction pénale. La Chine reconnaît que l'imposition de sanctions administratives est la mesure corrective souvent privilégiée en Chine. Deuxièmement, le seuil relatif aux "opérations commerciales illicites" est structuré de telle façon qu'il exclut de nombreux cas de piratage et de contrefaçon à l'"échelle commerciale" – que les marchandises se trouvant dans d'autres entrepôts ou en cours de transport puissent être prises en compte ou non dans le calcul.

28. La deuxième série de problèmes que soulèvent les seuils de la Chine tient au fait que les autorités chinoises doivent s'en remettre à un nombre très limité de critères quantitatifs uniformes. Un certain nombre de considérations devraient intervenir dans la preuve de l'"échelle commerciale", mais les seuils d'infraction rigides fixés par la Chine empêchent qu'il en soit tenu compte: certains types de piratage et de contrefaçon à l'échelle commerciale échappent à la sanction en raison des seuils, non seulement à cause du niveau de ceux-ci, mais aussi à cause de ce qu'ils mesurent – et de ce qu'ils ne mesurent pas. Ils ne mesurent pas des indices fiables d'une activité de piratage ou de contrefaçon menée à l'échelle commerciale tels que les matrices ayant servi au pressage de produits piratés ou à l'estampage de marques contrefaites, ou d'autres matériaux et outils ayant servi à de telles opérations.

29. Les arguments de la Chine tournent autour de la question de savoir si ses seuils permettent d'aller au-delà de la mesure quantitative du "volume des activités commerciales illicites", des "gains illicites", du "montant des ventes" ou des "copies" pour permettre d'appréhender des actes de piraterie et de contrefaçon à une échelle commerciale qui démontrent l'existence d'une telle échelle mais n'entrent pas clairement dans les catégories prévues. Premièrement, même si la Chine affirme qu'elle prévoit des mesures pénales frappant les délits de tentative et de préparation, cela ne répond pas aux préoccupations des États-Unis. Les matrices usées et autres éléments de preuve fiables du même genre tendraient à prouver un délit achevé; autrement dit, la matrice usée vient étayer la conclusion qu'une infraction à échelle commerciale *a déjà* eu lieu. Mais la tentative et la préparation ne sont qu'un "commencement d'exécution", c'est-à-dire un délit non achevé et, quelle que soit leur valeur probante lorsqu'il s'agit de montrer qu'un certain délit a déjà été commis, les éléments de preuve tels que les matrices usées, qui sont les instruments utilisés pour commettre le délit, les produits non finis et les emballages non contrefaisants ne peuvent pas être pris en compte aux fins des seuils quantitatifs de la Chine.

30. Et, même si certains produits presque finis peuvent être pris en compte aux fins de ce calcul dans quelques cas, les arguments de la Chine sont à côté de la question. Les seuils continuent quand même à exclure du piratage et de la contrefaçon à une échelle commerciale. Par exemple, 499 copies non finies d'un jeu vidéo ne portant pas encore une marque contrefaite n'en constituent pas moins la preuve d'une opération à "échelle commerciale", exactement comme 499 jeux vidéo finis portant une telle marque. En outre, contrairement à ce qu'affirme la Chine dans sa première communication écrite, lorsque des condamnations avaient été prononcées pour délit de "tentative", ces condamnations étaient toutes fondées sur des produits "non vendus" mais finis, et le tribunal n'avait pas retenu l'existence de produits non finis ou d'emballages non contrefaisants pour prononcer la condamnation. En outre, les affaires dans lesquelles ont été pris en compte, selon la Chine, des produits "non finis" n'étayent pas son argumentation: le raisonnement suivi dans la première affaire, qui portait sur de la

lessive en poudre, est très confus et l'affaire semble être atypique; la seconde affaire, portant sur des cartouches de jeux vidéo, est sans pertinence, et elle ne mettait pas en cause les seuils de l'article 213 établis par l'Interprétation judiciaire de décembre 2004.

31. La Chine ne réfute pas non plus les conclusions du rapport CCA sur les mesures concrètes de répression. Elle se contente de soutenir que les "tendances statistiques" ressortant des données sont dépourvues de signification et que "les États-Unis n'ont pas présenté les justes conclusions à tirer des données". Contrairement à ce qu'affirme la Chine, les États-Unis n'avancent pas de prévisions théoriques à partir du rapport CCA. Ce rapport est une étude empirique convaincante qui rassemble des données brutes extraites de la pratique effectivement suivie dans le passé. Ses conclusions sont évidentes: la grande majorité des points de vente traditionnels vendant de la musique enregistrée et/ou des produits vidéo – exemple classique d'une activité à l'échelle commerciale – ne pouvaient absolument pas être poursuivis ou faire l'objet de condamnations pénales en application des seuils d'infractions fixés par la Chine.

32. Les tentatives de la Chine pour jeter le doute sur les conclusions résultant de cette étude empirique n'emportent pas la conviction. Au lieu de s'en tenir à ce qui se passe en deçà des seuils, et qui est au cœur du présent différend, la Chine s'évertue à imaginer une "hypothèse" des États-Unis reposant sur des actes qui se produisent au-delà des seuils – actes qui, par définition, sont sous le coup de la loi pénale et en dehors du différend. De plus, l'argument de la Chine selon lequel il n'y a pas eu d'"évolution spectaculaire" dans les activités de contrefaçon entre les deux périodes considérées est tout simplement à côté de la question. Malgré l'abaissement du seuil à 500 copies pour la seconde période, le piratage et la contrefaçon ont continué à prospérer sous le bouclier pénal constitué par les seuils.

33. Les critiques adressées par la Chine à l'égard d'autres pièces des États-Unis, par exemple des articles de journaux et de magazines illustrant le problème du bouclier pénal, sont étonnantes, de même que le fait que, lorsque les États-Unis ont essayé d'obtenir de la Chine des renseignements en application de l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC, la Chine a refusé de les donner en déclarant que les renseignements en question avaient été publiés officiellement par ses sites Internet, journaux, magazines et autres médias appropriés.

34. En se fondant sur son interprétation défectueuse de l'article 61, la Chine tente de justifier son régime incompatible avec l'Accord sur les ADPIC en affirmant qu'elle "frappe de sanctions pénales les actes délibérés de contrefaçon qui supposent une *activité d'une ampleur considérable*" (interprétation erronée, nous y insistons) et que cela est approprié a) eu égard aux structures juridiques de la Chine et b) eu égard au contexte commercial de la Chine. Ces arguments n'ont aucune force.

35. *Premièrement*, le point de savoir si les seuils d'infraction fixés par la Chine dans le domaine des DPI sont appropriés dans le contexte de son droit interne est sans pertinence. Ce que la Chine décide de faire sur le plan interne en ce qui concerne les seuils d'infraction dans les domaines *autres que celui des DPI* n'a aucune incidence sur la manière dont le Groupe spécial doit apprécier si la Chine respecte les obligations internationales découlant pour elle de la première phrase de l'*article 61 de l'Accord sur les ADPIC*. La Chine semble confondre sa faculté de déterminer ce qui constitue un "délit commercial" en droit interne avec son obligation de se conformer à la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Dans le présent différend, les États-Unis cherchent à obtenir que la Chine mette en place un régime pénal là où elle est tenue par l'article 61 de le faire (et où, pour le moment, elle ne le fait pas).

36. *Deuxièmement*, les arguments de la Chine selon lesquels ces seuils sont raisonnables "compte tenu de l'échelle à laquelle s'opère le commerce en Chine" ne résistent pas à l'analyse. La Chine n'explique ni ne justifie comment les limites dans lesquelles elle enferme la responsabilité pénale permettent en fait d'appréhender tous les actes de contrefaçon et de piratage commis "à une échelle

commerciale" comme le veut l'article 61. Les seuils fixés par la Chine ne sont pas appropriés à l'échelle du commerce en Chine, car ils négligent de nombreux types d'activités à l'"échelle commerciale" et sont identiques pour toutes les situations; ils ne tiennent pas compte des réalités du marché. D'ailleurs, les statistiques de la Chine censées prouver le caractère raisonnable du seuil qu'elle applique aux "activités commerciales illicites" montrent qu'un certain "commerce" existe en deçà des seuils, et ne permettent pas réellement de se faire une idée de la portée et de l'échelle du commerce en Chine.

37. Le caractère inadapté des seuils de la Chine est mis en évidence par d'autres exemples, y compris la référence du Canada au produit intérieur brut par habitant estimatif de la Chine. Il est évident que la contrefaçon et le piratage à l'"échelle commerciale" ne sont pas le seul fait des grandes entreprises, opérant à l'échelle industrielle – au contraire, l'essor d'Internet et les progrès des techniques numériques permettent de se livrer à des actes de piratage et de contrefaçon à une échelle commerciale au moyen d'un ordinateur, dans un espace restreint. Même si la Chine fait aussi valoir qu'elle n'a pas l'obligation de prendre en considération "l'incidence commerciale d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle lorsqu'elle fixe ses seuils", les progrès des techniques numériques et d'Internet, ainsi que d'autres conditions des marchés, font que le piratage et la contrefaçon peuvent se produire dans des situations où ils échappent aux seuils de la Chine, même s'ils peuvent avoir une forte incidence (commerciale) et sont commis sur une large échelle (commerciale).

38. Les autres arguments de la Chine concernant la mise en œuvre de l'article 61 sont sans valeur. Premièrement, l'argumentation de la Chine concernant la possibilité pour les particuliers de poursuivre les auteurs de certains actes délictueux n'a guère de rapport avec l'examen par le Groupe spécial de la compatibilité des seuils d'infraction de la Chine avec ses obligations au titre de l'article 61. L'affirmation de la Chine selon laquelle l'abaissement de ses seuils "risquait de provoquer des procès en masse engagés par des particuliers" est gratuite. Deuxièmement, le régime chinois d'action administrative n'a rien à voir avec la question du respect par la Chine des obligations énoncées dans la première phrase de l'article 61. La Partie III de l'Accord sur les ADPIC traite de différentes procédures permettant de faire respecter les droits. La section 2 porte sur les procédures "civiles et administratives" et la section 5, dont fait partie l'article 61, a trait aux procédures "pénales". Il est à relever que l'article 61 est la seule disposition consacrée aux sanctions et procédures pénales. On peut aussi en conclure que seules des procédures et sanctions pénales peuvent satisfaire aux obligations énoncées dans l'article 61.

C. LES SEUILS D'INFRACTION FIXÉS PAR LA CHINE EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SONT AUSSI INCOMPATIBLES AVEC LA DEUXIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 61 ET AVEC L'ARTICLE 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

39. Les États-Unis ont aussi démontré pourquoi les seuils d'infraction en matière de propriété intellectuelle sont également incompatibles avec la deuxième phrase de l'article 61 et avec l'article 41:1. La Chine reconnaît que, si le Groupe spécial conclut à l'incompatibilité de ces seuils avec la première phrase de l'article 61, il devra aussi conclure à leur incompatibilité avec la deuxième phrase de l'article 61 et avec l'article 41:1.

III. LES MESURES PRÉVUES PAR LA CHINE POUR DISPOSER DES MARCHANDISES SAISIES PORTANT ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

40. L'article 59 dispose à cet égard que "les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux

principes énoncés à l'article 46". Aux fins du présent différend, les pouvoirs que doivent avoir les autorités dans le cadre de l'article 59 sont détaillés dans deux phrases de l'article 46. Lus conjointement, l'article 46 et l'article 59 disposent, premièrement, que les autorités des Membres compétentes pour appliquer les mesures de protection des droits à la frontière "seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient … écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, détruites". Deuxièmement, "[p]our ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux".

41. La Chine avance un certain nombre d'arguments tendant à minimiser les obligations découlant pour elle des articles 46 et 59. Ces arguments sont sans valeur. *Premièrement*, les affirmations de la Chine selon lesquelles l'article 59 n'impose pas aux Membres d'octroyer un large pouvoir aux autorités et le régime chinois ne fait que "fixer les conditions et l'ordre des étapes à suivre par les autorités nationales" dans l'exercice de ce pouvoir ne sont pas convaincantes. De toute évidence, l'article 59 prescrit que les autorités doivent avoir pleinement compétence pour mettre hors circuit ou de détruire les marchandises contrefaites saisies, conformément aux principes énoncés à l'article 46. L'étendue de cette compétence que prévoit l'article 59 concernant les marchandises contrefaites confisquées par les autorités à la frontière est mise en évidence par le fait que l'article 46 n'y met aucune restriction. Les autorités douanières chinoises devraient avoir le *pouvoir* de choisir parmi les divers moyens prévus de disposer de ces marchandises – conformément aux principes de l'article 46 – dès le moment où elles constatent que les marchandises sont des marchandises contrefaites puis jusqu'au moment où il est finalement disposé de ces marchandises.

42. La tentative de la Chine pour invoquer l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC pour plaider l'acceptabilité de son régime rigide de disposition des marchandises est vouée à l'échec puisque l'article 1:1 ne dispense pas la Chine de se conformer à ces prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. Les exemples que la Chine tire des lois d'autres Membres sur le droit d'auteur et sur les marques sont de même sans pertinence, puisque le présent différend concerne les mesures de la Chine et non pas les lois des autres Membres et que, sur le fond, ces lois ne ressemblent en aucune manière à la hiérarchie problématique des modes de disposition des marchandises organisée par la Chine.

43. *Deuxièmement*, la Chine cite aussi des statistiques des douanes montrant comment elles ont disposé des marchandises saisies après avoir été reconnues contrefaites. Cependant, ces chiffres laissent sans réponse l'allégation des États-Unis: les États-Unis ne prétendent pas que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC *exigent* que la Chine détruise ou mette hors circuit toutes ces marchandises conformément aux principes pertinents de l'article 46.

44. *Troisièmement*, l'argument de la Chine selon lequel le principe de l'article 46 imposant d'"éviter de causer un préjudice au détenteur du droit" n'oblige la Chine qu'"à tenir dûment compte des risques de préjudice au détenteur du droit et de s'abstenir d'employer des méthodes de mise hors circuit qui nuisent de manière constante ou importante aux intérêts de ce dernier" va à l'encontre du sens de la disposition en question. L'obligation n'est pas de "tenir dûment compte" des intérêts des détenteurs de droits en tolérant les préjudices intermittents ou "peu importants". L'obligation est d'éviter tout préjudice aux détenteurs de droits. D'ailleurs, la définition que la Chine elle-même donne du mot "éviter" est: "s'abstenir ou se garder de; *empêcher de faire ou de se produire*".

45. *Quatrièmement*, l'argument de la Chine selon lequel la dernière phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59 contredit le texte de l'article 59. Celui-ci ne contient aucune formule restrictive qui incorporerait de manière sélective les seules obligations énoncées dans la première phrase de l'article 46. Si les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC avaient eu l'intention, en

incorporant l'article 46 à l'article 59, de faire une exception pour certaines obligations, ils l'auraient faite.

46. En outre, l'allégation de la Chine selon laquelle le principe énoncé dans la dernière phrase de l'article 46 signifie seulement que "le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce ... ne sera pas suffisant" pour permettre l'introduction dans les circuits commerciaux contredit le libellé de la dernière phrase de l'article 46. La Chine interprète mal le lien entre le membre de phrase "le ... fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant" et le membre de phrase "circonstances exceptionnelles". Les mots "si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles" signifient que c'est seulement dans des cas exceptionnels que les autorités compétentes pourront "permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux". De plus, alors que la Chine prétend encore qu'elle agit en conformité avec le but visé par ce principe, puisque les autorités douanières chinoises retirent des marchandises tous les éléments contrefaisants et prennent diverses autres mesures, l'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas que les Membres se conforment uniquement à ce qu'ils considèrent être le "but" visé par une disposition.

B. CONTRAIREMENT AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 59, LES AUTORITÉS DOUANIÈRES CHINOISES NE SONT PAS HABILITÉES À ORDONNER LA DESTRUCTION OU LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONTREFAITES CONFORMÉMENT AUX PRINCIPES ÉNONCÉS DANS L'ARTICLE 46

47. L'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes, qui met en application l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes adopté par le Conseil des affaires de l'État et a effet obligatoire à l'égard des fonctionnaires des douanes dans toute la Chine, définit une hiérarchie d'étapes obligatoires qui s'impose aux autorités douanières pour décider du sort des marchandises saisies à la frontière lorsqu'elles ont constaté que celles-ci portent atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Bien que la Chine prétende que ses autorités douanières ont la "compétence discrétionnaire" de ne pas respecter la hiérarchie des étapes prescrites, le point essentiel de l'allégation des États-Unis est que, lorsque les douanes parviennent à une certaine conclusion en application des mesures de la Chine, elles sont tenues d'employer la solution prévue selon la hiérarchie. Et, dans ces circonstances, les autorités douanières n'ont pas la faculté qu'elles devraient avoir selon l'Accord sur les ADPIC d'opter pour la destruction ou la mise hors circuit conformément aux principes de l'article 46.

48. La Chine affirme aussi que le régime qui s'applique à la mise hors circuit ne restreint cependant pas strictement la marge de manœuvre des fonctionnaires des douanes, parce que les décisions des autorités douanières sont aussi régies par d'autres lois chinoises d'application générale, portant sur des matières telles que la sécurité. Cependant, en réponse aux questions du Groupe spécial, la Chine reconnaît expressément que ses fonctionnaires des douanes doivent procéder à des constatations particulières en vertu de son régime de mise hors circuit et que, dès lors qu'ils ont fait ces constatations, ils n'ont plus aucune latitude.

49. Ni l'une ni l'autre des mesures prévues au premier niveau de la hiérarchie obligatoire établie par la Chine – don ou vente au titulaire du droit – ne respecte les principes de l'article 46. Le don par les douanes chinoises de marchandises contrefaites à des "organismes d'aide sociale" dans le cadre des mesures en cause ne donne pas aux douanes la faculté d'"écart[er] les marchandises saisies des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". Premièrement, même si la Chine prétend que ses autorités douanières ne font don des marchandises que si celles-ci sont adaptées à des fins d'aide sociale, ce critère ne les empêcherait pas de donner des produits contrefaits ou piratés utilisables mais probablement de qualité inférieure, qui seraient utilisés par les consommateurs potentiels de l'article authentique et pourraient aussi porter atteinte à la réputation du détenteur du droit. En conséquence, l'option du don des marchandises prévue par les mesures

chinoises est incompatible avec le principe de l'article 46 concernant le préjudice au détenteur du droit.

50. Deuxièmement, la Chine déclare qu'elle est légalement tenue de surveiller l'utilisation des marchandises données, ce qui garantit que ces marchandises ne rentreront pas dans les circuits commerciaux, mais l'article 17 de la Loi sur les dons autorise expressément les organismes d'aide sociale à vendre sur le marché les marchandises reçues en don, dans certaines conditions. S'il est vrai que le Mémorandum d'accord avec la Croix-Rouge contient une disposition faisant obligation à la Croix-Rouge de "prendre des mesures efficaces [pour empêcher les marchandises d']entrer dans les circuits commerciaux", en même temps la Loi sur les dons établit clairement que les organismes donataires ne sont pas tenus de conclure ce type de convention, et les autorités chinoises n'ont pas avancé d'argument juridique montrant que, en l'absence de convention, elles peuvent écarter les dispositions de l'article 17. Pour cette raison, donc, la Chine ne respecte pas ses obligations découlant des articles 59 et 46.

51. Alors que la Chine insiste sur l'article 18 de la Loi sur les dons, essayant par là de minimiser l'importance de l'article 17, vendre les marchandises en application de l'article 17, en veillant à ce que le produit de la vente reste consacré à l'"usage" stipulé dans l'accord en matière de donation, est en apparence un acte compatible avec les prescriptions de l'article 18 de la loi. De même, une obligation contractuelle générale du type de celle qui figure dans le Mémorandum d'accord avec la Croix-Rouge ne l'emporterait pas sur des droits reconnus par une loi nationale.

52. En outre, l'allégation de la Chine selon laquelle l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de sa protection des DPI par les douanes rend "nulle" la possibilité de revente prévue par l'article 17 de la Loi sur les dons est sans valeur. L'article 30 régit les dons des douanes aux organismes d'aide sociale, alors que l'article 17 régit la manière dont les donataires disposent des marchandises reçues en don, lorsque les conditions de l'article 17 sont réunies.

53. La seconde option prévue à la première étape de la hiérarchie établie par la Chine pour la mise hors circuit des marchandises contrefaites, celle qui autorise les douanes à vendre les marchandises au détenteur du droit, ne permet pas de les écarter des circuits commerciaux "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit", comme l'exige l'article 46. Dans les cas où le don n'est pas approprié, les mesures chinoises prévoient que les autorités doivent offrir au détenteur du droit d'acheter les marchandises contrefaites. Si le détenteur du droit paie les marchandises contrefaites pour être sûr qu'elles seront détruites ou écartées des circuits commerciaux (par exemple, de la vente aux enchères), il subira un préjudice financier constitué par ce paiement. La Chine soutient que la disposition qui prescrit qu'il faut essayer de vendre les produits contrefaits aux détenteurs de droits est favorable aux intérêts de ces derniers, mais cet argument est dépourvu de valeur. Il part de l'hypothèse impossible à soutenir que les détenteurs de droits sont forcément désireux d'acheter des excédents de production qu'ils n'ont pas commandés et dont la fabrication a été faite hors du cadre de leurs contrats.

54. Lorsque la cession à un organisme d'aide sociale n'est pas possible, et que le détenteur du droit ne souhaite pas acheter les marchandises contrefaites, les autorités douanières doivent passer à l'étape obligatoire suivante dans la hiérarchie, à savoir la vente aux enchères publiques des marchandises saisies. La procédure de vente aux enchères publiques prévue par la Chine pour ces marchandises n'est pas non plus conforme aux principes de l'article 46 incorporés dans l'article 59.

55. Parce que les procédures obligatoires de la Chine privent les autorités douanières de la faculté d'empêcher la vente aux enchères lorsque cette solution est celle que prévoit la hiérarchie qui s'impose aux douanes, ces procédures sont incompatibles avec la première phrase de l'article 46. La mise aux enchères obligatoire en vertu des mesures chinoises enlève aussi aux autorités douanières la faculté de détruire ces produits. La Chine soutient que l'article 59 ne l'oblige pas à restreindre les options de ses

autorités douanières à la mise hors circuit des marchandises, alors que l'allégation des États-Unis a trait à la portée des pouvoirs à accorder en vertu de l'article 59. La procédure obligatoire de mise aux enchères de la Chine ne permet pas aux autorités douanières d'agir en conformité avec les principes de l'article 46, et elle est donc incompatible avec les obligations assumées par la Chine en vertu de l'Accord sur les ADPIC.

56. Les arguments de la Chine sur la manière dont sa procédure de mise aux enchères évite de causer un préjudice au détenteur du droit devraient être écartés. Une vente aux enchères peut causer un préjudice important au détenteur du droit, puisque le contrefacteur dont les marchandises ont été saisies peut tout simplement acheter ces marchandises à la vente aux enchères, y apposer à nouveau les éléments contrefaisants et les mettre en distribution. La Chine centre son attention sur les incidences sur le contrefacteur, alors que le principe en cause de l'article 46 impose d'éviter tout préjudice au détenteur du droit, et non pas d'apprécier la situation du contrefacteur. De plus, la faculté pour le détenteur du droit de "faire des observations" sur les mesures de la Chine n'est pas le droit d'*empêcher* la vente aux enchères des marchandises, et elle n'est pas un moyen de garantir que les autorités agissent de manière à éviter tout préjudice au détenteur du droit. En outre, même si certaines considérations de "sécurité" peuvent s'opposer à la vente aux enchères, dans les nombreux cas où les éléments contrefaisants peuvent être retirés et où les marchandises ne posent pas de problèmes de sécurité, les mesures chinoises imposent la vente aux enchères – et par conséquent l'introduction dans les circuits commerciaux.

57. Par ailleurs, en ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, la vente aux enchères prévue par la Chine est aussi incompatible avec le principe de la dernière phrase de l'article 46. Pour dire les choses simplement, la Chine ne limite pas à des cas exceptionnels la réintroduction de ces marchandises dans les circuits commerciaux. L'insistance de la Chine sur des mesures telles que les prix de réserve et les observations du détenteur du droit ne sert à rien: le problème est que les mesures chinoises rendent obligatoire la mise aux enchères publiques si les éléments contrefaisants des produits peuvent être éliminés, pour autant qu'il n'y ait pas de défaut constituant un risque pour la sécurité.

58. À la dernière étape de la hiérarchie obligatoire, si aucune des solutions précédentes n'est possible, alors, et alors seulement, les douanes chinoises ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites. Autrement dit, elles ne parviendront jamais à cette étape si l'une ou l'autre des solutions précédentes de la hiérarchie est utilisable. Dans ce cas, les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées, en droit chinois, à détruire les marchandises contrefaites (ni à en disposer autrement d'une manière qui les laisse à l'écart des circuits commerciaux et qui évite de causer un préjudice au détenteur du droit).

59. La Chine ne nie pas que les douanes chinoises n'ont la faculté de détruire les marchandises que lorsque les autres possibilités prévues par sa hiérarchie des moyens de disposition (c'est-à-dire le don, la vente au détenteur du droit, la vente aux enchères) ne peuvent pas être utilisées. D'ailleurs, les cas de destruction par les douanes des marchandises contrefaites que la Chine met en avant ne contredisent pas le caractère obligatoire de cette hiérarchie des moyens de disposition. Le texte des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes dispose que, en présence de certaines circonstances factuelles, les fonctionnaires des douanes n'ont aucun pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent disposer des marchandises que de la manière prescrite. Dans toutes ces circonstances, les douanes chinoises, en droit chinois, ne sont pas habilitées à ordonner la destruction des marchandises contrefaites.

IV. LE REFUS DE LA CHINE D'ACCORDER À CERTAINES ŒUVRES LE BÉNÉFICE DE LA PROTECTION ET DE LA DÉFENSE DES DROITS D'AUTEUR EST INCOMPATIBLE AVEC L'ACCORD SUR LES ADPIC

60. Dans ses communications, la Chine reconnaît qu'elle refuse la protection par le droit d'auteur à certaines œuvres lorsque les autorités chinoises déterminent que le contenu de ces œuvres est contraire à la loi. De plus, l'Administration nationale des droits d'auteur de la Chine (la "NCAC") a confirmé que l'article 4 prive de la protection par le droit d'auteur les "œuvres dont le contenu est illégal". Ainsi, en contravention des obligations qu'impose à la Chine l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC (et les dispositions de la Convention de Berne auxquelles renvoie l'article 9:1), l'article 4.1 tel qu'il est libellé refuse la protection par le droit d'auteur à des œuvres auxquelles cette protection doit obligatoirement être accordée.

61. *Premièrement*, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur exclut du bénéfice de la protection par le droit d'auteur toute une catégorie d'œuvres – les "œuvres dont la publication ou la distribution est illégale" –, alors que cette exclusion n'est pas autorisée par la Convention de Berne. En application de l'article 2(1) et de l'article 2(6) de la Convention de Berne, exclure globalement certaines œuvres de la protection comme le fait l'article 4.1 de la loi chinoise est incompatible avec la Convention de Berne telle qu'elle a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC.

62. Tout en affirmant que, en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, le droit chinois "protège le droit d'auteur à partir du moment où l'œuvre est créée" puisque "le droit d'auteur naît de la création", la Chine concède que l'article 4.1 refuse la protection à certaines œuvres. La Chine reconnaît donc déjà que *certains* objets ne reçoivent pas du tout de protection puisque cette protection leur est refusée en droit. Certes, les tribunaux et/ou autorités compétentes peuvent *confirmer* après coup ce qui est illégal, mais cette confirmation n'est pas une condition préalable pour conclure en droit que le contenu n'est pas protégé par le droit d'auteur. De plus, l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur ne peut, en conséquence des dispositions de l'article 4, s'appliquer à certaines œuvres. La Convention de Berne (et l'Accord sur les ADPIC pas davantage) ne permet pas d'accorder initialement la protection par le droit d'auteur, puis de la retirer pour les raisons mentionnées dans l'article 4.

63. *Deuxièmement*, puisque l'article 4 refuse à certaines œuvres la protection par le droit d'auteur, les droits exclusifs énumérés à l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur, et toutes les garanties de la loi, leur sont aussi refusés. En conséquence, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 5(1) de la Convention de Berne, qui prévoit une protection minimale garantie des droits d'auteur sur les œuvres, y compris un ensemble minimum de droits exclusifs.

64. Les tentatives de la Chine pour établir une distinction entre "droit d'auteur" et "protection du droit d'auteur" sont vaines. Les dispositions pertinentes de la Convention de Berne disposent que la Chine a des obligations en ce qui concerne la "protection" du droit d'auteur; ainsi, l'existence de ce que la Chine appelle "le droit d'auteur de l'article 2" – quoi que cela puisse signifier compte tenu de l'absence de protection résultant de la Loi chinoise sur le droit d'auteur – est sans intérêt pour l'examen du point de savoir si la "protection" prescrite par la Convention de Berne est accordée.

65. Les arguments de la Chine concernant le peu d'"effet sur le marché" de l'article 4.1 doivent être écartés, étant donné que le refus de la protection par le droit d'auteur en Chine a un impact important et concret, notamment en entraînant une incertitude commerciale pour les détenteurs du droit et en permettant aux pirates de droits d'auteur de réaliser des bénéfices aux dépens du détenteur légitime. En outre, si les détenteurs ne peuvent pas défendre leur droit d'auteur contre les produits piratés fabriqués en Chine, cela les prive d'un mécanisme essentiel pour empêcher l'exportation de ces produits.

66. *Troisièmement*, les États-Unis ont aussi démontré dans leur première communication que la première phrase de l'article 4 subordonne la protection du droit d'auteur à une formalité qui est incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne, et donc incompatible aussi avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

67. Les communications de la Chine ne répondent pas aux préoccupations exprimées par les États-Unis, à savoir que l'examen du contenu, en raison de ses effets sur la protection du droit d'auteur, constitue une "formalité" au sens de l'article 5(2). Premièrement, bien que la Chine affirme que la protection du droit d'auteur et l'examen du contenu sont deux choses distinctes, et que le processus d'examen du contenu n'a pas pour effet de refuser le droit d'auteur, cela est contredit par les propos mêmes de la Chine. La Chine reconnaît qu'elle procède à un examen préalable à la publication et à la distribution de certains types d'œuvres, y compris des films et œuvres audiovisuelles et elle admet que, dans certains cas, elle n'autorise pas la publication tant que le contenu n'a pas été approuvé. Les propres déclarations de la Chine concernant la réglementation relative à l'examen du contenu confirment que les œuvres dont il a été constaté qu'elles comportent un contenu prohibé tomberaient manifestement sous le coup de l'article 4.1, puisqu'elles "enfreignent la Constitution". De manière analogue, lorsque l'examen est requis avant la publication, et que celle-ci est interdite tant que le contenu n'est pas jugé satisfaisant, l'article 4 refuse à ces œuvres la protection du droit d'auteur. Cela signifie que la protection est subordonnée aux résultats de cet examen, autrement dit à une formalité.

68. Deuxièmement, les arguments de la Chine concernant la prétendue indépendance entre les autorités chargées de l'examen du contenu et la NCAC ne concordent pas avec le fait que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur fait référence à d'autres lois et règlements chinois qui interdisent la publication ou la diffusion des œuvres. D'abord, cette position qu'adopte maintenant la Chine n'est guère conforme au point de vue que cette dernière avait exprimé devant les Membres de l'OMC *avant* d'être partie défenderesse dans le présent différend; en effet, lors de l'examen de sa législation au Conseil des ADPIC en 2002, la Chine avait expliqué que le refus du droit d'auteur à l'article 4 résultait des interdictions prévues par d'autres lois, et non d'un examen autonome de la NCAC. Ensuite, d'éminents spécialistes chinois du droit d'auteur écrivant à l'époque de l'adoption de l'article 4 ont confirmé que l'objectif recherché par la promulgation de l'article 4.1 était d'exclure la protection par le droit d'auteur des œuvres dont la publication ou la diffusion est prohibée par d'autres lois.

69. Troisièmement, le pouvoir d'interpréter les lois chinoises appartient au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. Le Comité permanent n'ayant pas délégué de pouvoir à la NCAC, les décisions de cette dernière ne représentent pas une interprétation définitive de l'article 4, du moins en ce qui concerne les obligations qu'impose à la Chine l'Accord sur les ADPIC de prévoir des mesures correctives de recours civiles et pénales pour les atteintes au droit d'auteur portées devant les tribunaux et le parquet.

70. En outre, l'analyse par la Chine d'une réponse de la NCAC dans l'affaire *Zheng Haijin* ne démontre pas que la procédure d'examen du contenu soit indépendante du droit d'auteur sur l'œuvre. L'avis rendu par la Cour populaire suprême dans cette affaire paraît démontrer que la Cour a considéré que la protection par le droit d'auteur était subordonnée à la condition que l'œuvre satisfasse à l'examen du contenu. La réponse de la Chine à la question du Groupe spécial concernant ce document de la Cour populaire suprême est cependant ambiguë. Premièrement, la Chine reconnaît que, dans l'affaire *Zheng Haijin*, la Cour populaire suprême a "fait sienne la conclusion selon laquelle il n'existait pas de base permettant de refuser à l'œuvre la protection de la Loi sur le droit d'auteur". Si la Chine veut dire par là que la Cour populaire suprême faisait sienne une "conclusion" de l'autorité chargée de l'*examen du contenu* au regard de la *Loi sur le droit d'auteur*, cela confirme le point de vue des États-Unis.

71. Si, au contraire, la Chine veut dire que la Cour populaire suprême faisait seulement sienne la conclusion d'une juridiction inférieure, cela cadre très mal avec ce que la Cour populaire suprême a effectivement déclaré – à savoir que "*pour ces raisons*" (c'est-à-dire celles qui sont énoncées dans le document) la juridiction inférieure avait à bon droit accordé la protection du droit d'auteur. L'examen et l'approbation du Département du Front uni étaient indispensables à la Cour pour rendre son avis. En outre, l'affirmation faite par la Chine dans sa réponse, à savoir que le moyen de défense tiré du fait que l'œuvre n'avait "pas encore été approuvée pour publication" était voué à l'échec, n'est pas étayée par l'affaire *Zheng Haijin*, puisque celle-ci démontre que, même dans le cas où sont en cause les numéros des livres et non leur contenu, les tribunaux examinent le contenu d'une publication avant de décider si elle est ou non protégée par le droit d'auteur.

72. La Chine affirme que l'article 4 "ne supprimerait pas le droit d'auteur résiduel découlant de l'article 2", mais qu'il "refuserait les droits privatifs susceptibles d'exécution forcée" pour les œuvres jugées contraires à la loi. Cependant, l'article 5(2) de la Convention de Berne dispose que "[l]a jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité". Un examen du contenu qui a des incidences sur l'exercice des droits d'auteur imposerait donc une "formalité" au sens de la Convention de Berne.

73. *Quatrièmement*, une des conséquences du refus de la protection du droit d'auteur en vertu de l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur est que les dispositions du chapitre V de cette loi ne s'appliquent pas à ces œuvres. Les auteurs de ces œuvres n'ont donc pas le bénéfice des mesures correctives prévues aux articles 46 et 47 de cette loi, qui établissent la responsabilité civile (et, dans certains cas, la responsabilité administrative et/ou pénale) des contrevenants. De plus, les auteurs sont privés de l'accès aux autres mesures correctives prévues par les articles 48 et 49 de la loi consistant, respectivement, en dommages-intérêts et en la possibilité de demander au tribunal d'ordonner la cessation d'une infraction en cours.

74. La Chine ne s'acquitte donc pas de l'obligation découlant pour elle de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC de faire en sorte que des procédures destinées à faire respecter les droits, telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC (y compris les procédures prévues par les articles 42, 44:1 et 45:1), soient prévues pour les œuvres sous droit d'auteur, de manière à permettre une action efficace et des mesures correctives rapides en cas d'atteinte aux droits. De plus, les auteurs d'œuvres dont la distribution ou la publication est illégale en Chine n'ayant pas du tout accès aux procédures pénales prévues par l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur, aucun recours pénal ne leur est ouvert lorsque ces œuvres sont piratées à une échelle commerciale. La Chine ne s'acquitte donc pas de ses obligations au titre des première et deuxième phrases de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

75. Enfin, l'article 17 de la Convention de Berne n'autorise pas un système d'examen du contenu qui refuse la protection légale du droit d'auteur (refusant aussi de ce fait la protection des droits de reproduction, d'adaptation, etc.) à toutes les œuvres dont la publication ou la distribution n'a pas été approuvée. Les États-Unis contestent les conséquences en droit d'auteur de l'article 4.1, qui sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Plus précisément, les mesures d'examen du contenu ne créent pas l'incompatibilité avec l'Accord sur les ADPIC, mais elles fournissent une base importante pour le refus de la protection du droit d'auteur selon l'article 4.1.

V. CONCLUSION

76. Les États-Unis prient respectueusement le Groupe spécial de constater que les mesures de la Chine, telles qu'elles sont exposées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis et analysées dans les communications des États-Unis, sont incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis prient aussi le Groupe spécial de recommander, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, que la Chine rende ses mesures conformes à l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE A-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

I. LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE FIXÉS PAR LA CHINE POUR LA MISE EN ŒUVRE DE PROCÉDURES ET SANCTIONS PÉNALES EN CAS D'ATTEINTE AUX DPI

1. Les États-Unis et un certain nombre de tierces parties ont donné des exemples concrets de la manière dont les seuils fixés par la Chine permettent la commission d'actes délibérés de contrefaçon de marque et de piratage des droits d'auteur à une échelle commerciale. Les États-Unis ont scrupuleusement appliqué les règles coutumières d'interprétation codifiées par la *Convention de Vienne* pour expliquer le sens de l'expression "échelle commerciale". Premièrement, par l'emploi du mot "*échelle*" dans cette expression, l'Accord sur les ADPIC dispose clairement que les Membres de l'OMC doivent ériger en délit pénal les actes de violation qui revêtent une certaine ampleur ou importance. Deuxièmement, par l'emploi du mot "*commerciale*" dans cette expression, l'Accord sur les ADPIC établit un lien avec le marché commercial – sur lequel les auteurs de violation des droits de propriété intellectuelle agissant dans un esprit de lucre recueillent les fruits de leurs actes de contrefaçon ou de piratage. En conséquence, le contrevenant qui cherche sérieusement à réaliser des bénéfices financiers sur le marché agit *nécessairement* à une "échelle" qui est "commerciale" et relève donc du sens ordinaire du terme. Cependant, le sens de l'expression "échelle commerciale" ne dépend pas de l'intention du contrevenant.

2. La vente d'un seul article contrefait pourrait-elle être qualifiée d'activité à l'"échelle commerciale" selon cette interprétation? C'est une question que la Chine ne cesse de poser. La réponse est que cela est possible, mais que – comme les États-Unis l'ont constamment souligné – tout dépendrait des circonstances, y compris de l'examen des facteurs pertinents indiqués par les États-Unis et les tierces parties.

3. La Chine invite le Groupe spécial à substituer à cette expression une autre notion, qu'elle qualifie d'"activité d'une ampleur considérable", mais elle ne tient pas compte en cela du sens ordinaire de l'expression. *Premièrement*, la Chine révèle maintenant qu'elle considère que l'"échelle commerciale" mesure une "activité économique considérable". Bien entendu, ni le mot "échelle" ni le mot "commerciale" n'impliquent la notion de "considérable". De plus, l'emploi de l'expression "échelle commerciale" établit une opposition entre les activités d'ampleur "commerciale" et d'ampleur "non commerciale". La question est donc de savoir ce qu'est une échelle "non commerciale", et non pas ce qui peut être qualifié d'"activité à une échelle commerciale considérable".

4. La Chine ne produit aucun élément prouvant que les négociateurs du Cycle d'Uruguay auraient dégagé une interprétation dominante de l'expression "échelle commerciale" à partir des sources éparses citées par la Chine; ces mots ne sont pas d'"usage courant" et ils n'ont pas le "sens particulier" visé par la *Convention de Vienne*. La Chine ne demande pas plus non plus au Groupe spécial d'incorporer à l'article 61 les définitions qui figuraient dans le projet de dispositions types rédigé par le Bureau international de l'OMPI. À notre avis, la Chine ne devrait pas être autorisée à citer sélectivement un aspect de ce document de l'OMPI – la mention de la fabrication – en laissant complètement de côté le reste de la notion. (À cet égard, la Chine reconnaît maintenant qu'il peut y avoir une "échelle commerciale" dans la vente au détail.) Ce document peut *tout au plus* être considéré comme un moyen complémentaire d'interprétation au regard des règles coutumières d'interprétation et, lorsqu'on le considère ainsi, il vient confirmer l'interprétation des États-Unis.

5. *Deuxièmement*, les efforts de la Chine pour persuader le Groupe spécial que l'"échelle commerciale" est une notion "large et souple" sont fondamentalement spécieux. L'article 61 doit être interprété conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités et celles-ci ne divisent pas les dispositions conventionnelles en catégories telles que "larges" et "étroites". De plus, rien dans le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" ne se prête à des interprétations ambiguës. Si les opinions des tierces parties divergent, cela ne signifie pas que "échelle commerciale" soit susceptible d'autres interprétations que celle des États-Unis. De fait, de nombreuses tierces parties ont exprimé des points de vue conformes à celui des États-Unis – et l'observation selon laquelle il peut être nécessaire de tenir compte de multiples facteurs pour décider si une infraction donnée est "à une échelle commerciale" ne crée nullement une ambiguïté, pas plus qu'elle n'est en contradiction avec le point de vue des États-Unis.

6. *Troisièmement*, la Chine convient maintenant que les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC n'autorisent pas les Membres de l'OMC à négliger des obligations expressément inscrites dans l'Accord. De plus, la deuxième phrase de l'article 61 ne change rien à la manière dont la première phrase devrait être interprétée: elle ne porte que sur la sévérité relative des mesures correctives pénales qui doivent être prévues, tandis que la première phrase fixe un plancher ("à une échelle commerciale") pour les actes qui doivent d'abord être criminalisés. *Quatrièmement*, alors que la Chine prétend que les sanctions pénales doivent effectivement être appliquées pour qu'il soit satisfait à la première phrase de l'article 61, la pratique des États-Unis n'est pas en cause dans le présent différend, et elle ne constitue pas non plus une "pratique ultérieurement suivie" aux fins de l'application par les Membres de l'OMC de l'Accord sur les ADPIC. De la même façon, la décision de la Chine de poursuivre ou de ne pas poursuivre dans la pratique des actes relativement peu importants de contrefaçon de marque et de piratage de droits d'auteurs commis délibérément et "à une échelle commerciale" n'est pas en cause ici.

7. *Cinquièmement*, la Chine continue aussi de réclamer une déférence particulière à l'égard de son système de droit qui ne relève pas de la *common law*, mais cet argument ne devrait pas être retenu. La Chine est libre de mettre en place un régime de défense des droits de propriété intellectuelle analogue, par exemple, à ceux qui sont en vigueur dans les pays de tradition civiliste. La Chine dénature aussi de manière répétée la base du principe *in dubio mitius* dans sa seconde communication. En fait, l'Organe d'appel a conclu que ce principe *in dubio mitius* s'applique lorsque le sens est "ambigu", et il n'est nullement nécessaire en l'espèce de recourir à cette notion.

8. Quand bien même on accepterait l'interprétation erronée faite par la Chine de l'expression "échelle commerciale", le régime chinois n'en devrait pas moins être considéré comme incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, alors que la Chine soutient que le seuil de 50 000 RMB relatif au "volume des activités commerciales illicites" représente moins de 30 pour cent du revenu annuel des ménages qui se livrent au commerce de détail, il est difficile de concevoir que quatre mois d'activités de commerce de détail ne constituent pas des activités d'ampleur "considérable" portant atteinte aux droits.

9. Les seuils chinois sont fixés à un tel niveau et structurés de telle façon qu'ils ne permettent pas de poursuivre et de condamner les contrevenants dont l'activité reste en deçà des seuils en valeur ou en volume, mais n'en est pas moins "à une échelle commerciale". À aucun moment, la Chine ne prétend qu'il soit possible de poursuivre ou de sanctionner pénalement en vertu des articles 213, 214, 215, 217 et 218 un quelconque acte de contrefaçon de marque ou de piratage des droits d'auteur en deçà des seuils. La Chine ne réfute pas l'argument essentiel: dans le cas où n'est pas atteint au moins l'un des seuils, il ne peut y avoir de poursuites et de condamnation pénales. La Chine concède au fond l'existence d'un bouclier pénal pour certains actes de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale, et elle se contente de chercher à en minimiser l'ampleur. Les arguments nouveaux de la Chine sont dépourvus de valeur.

10. *Premièrement*, la Chine elle-même ne peut pas affirmer qu'elle touche tous les actes de contrefaçon et de piratage cités en exemple par les États-Unis et d'autres – au mieux, elle peut affirmer qu'elle en touche "la plus grande partie". *Deuxièmement*, l'existence d'une méthode d'évaluation constituant un élément de ses seuils est parfaitement pertinente: elle crée un bouclier pénal, qu'elle repose sur la valeur des marchandises contrefaites ou sur celle des marchandises authentiques. En prenant en compte les prix des produits contrefaits, la Chine contribue grandement à la capacité du bouclier pénal de mettre hors d'atteinte des actes de contrefaçon et de piratage à l'échelle commerciale.

11. *Troisièmement*, la Chine soutient que ses seuils peuvent être calculés sur une longue période d'activité de contrefaçon et de piratage mais, dans la mesure où le régime chinois exige non seulement une activité à l'échelle commerciale, mais une activité *soutenue* à l'échelle commerciale, cette condition additionnelle n'est pas conforme à l'article 61. *Quatrièmement*, les allégations de la Chine selon lesquelles certaines "dispositions générales" de sa loi pénale – à savoir celles qui portent sur les infractions inchoatives et la responsabilité collective – peuvent donner lieu à des procédures et sanctions pénales sont dépourvues de valeur. Le fait que le "commencement d'infraction" puisse être utilisé pour prouver l'infraction *potentielle* est sans rapport avec le problème qui nous occupe. L'incompatibilité avec l'article 61 provient du fait que les seuils chinois excluent la responsabilité pénale même en présence de preuves d'une infraction *réelle*, si celle-ci n'atteint pas les chiffres fixés; autrement dit, certaines infractions *réelles* sont exonérées. L'argument de la Chine concernant la "responsabilité collective" est sans intérêt en ce qui concerne les contrevenants qui opèrent seuls. Quant à l'affaire *Zhao Chaoying* invoquée par la Chine (pièce CHN-12), elle ne démontre pas que des actes qui sont commis en deçà des seuils puissent être pris en compte.

II. MESURES À LA FRONTIÈRE PRÉVUES PAR LA CHINE POUR LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES SAISIES

12. La partie pertinente de la première phrase de l'article 59 prévoit que "les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46". En l'espèce, il y a lieu de prêter une attention particulière à la première et à la quatrième phrases de l'article 46. Les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises conformément aux principes de l'article 46.

13. Les États-Unis ont démontré les faiblesses des allégations générales de la Chine selon lesquelles celle-ci se conforme à l'article 59 et à l'article 46. Par exemple, les statistiques des douanes chinoises ne démontrent pas que les fonctionnaires chinois soient en mesure d'exercer pleinement la compétence prévue à l'article 46 pour disposer de ces marchandises. La Chine n'établit pas non plus que la compétence pour agir conformément à l'article 46 peut être "assortie de conditions raisonnables" et que la Chine a simplement introduit certains "éléments discrétionnaires" dans le régime de mise hors circuit des marchandises par la douane. L'article 46 décrit la portée de la compétence que doivent avoir les autorités à la fois de disposer des marchandises et de les détruire - et ne prévoit en aucune façon les nombreux obstacles et conditions existant dans le régime juridique chinois.

14. L'idée de la Chine selon laquelle il suffit qu'il y ait une forte "probabilité" qu'il ne sera pas porté préjudice au détenteur du droit n'est pas conforme au texte de l'article 46. Le pouvoir de disposer des marchandises "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit" suppose une structure et des procédures qui, comme le texte l'indique clairement, "évitent de causer un préjudice" – c'est-à-dire qui l'évitent effectivement, et non pas qui ont *de bonnes chances* de l'éviter.

15. La Chine continue par ailleurs de défendre un certain nombre d'arguments procédant d'une interprétation erronée du texte de la dernière phrase de l'article 46. *Premièrement*, la Chine allègue

que des mesures telles que les prix de réserve et les observations demandées au détenteur vont plus loin que le "simple fait de retirer" la marque et justifient donc le recours à la vente aux enchères dans le cadre de l'article 46, alors que le mot "simple", dans ce membre de phrase, dit bien ce qu'il veut dire: les douanes ne peuvent pas se contenter de retirer la marque contrefaisante des marchandises et introduire ces marchandises dans les circuits commerciaux, *si ce n'est dans des cas exceptionnels*. (La Chine concède que, en vertu de ses mesures, dans le cas de marchandises de marque contrefaites, elle se contente de retirer la marque contrefaisante.) *Deuxièmement*, l'interprétation que fait la Chine du mot "*release*" ["introduction" dans le texte français], dans la dernière phrase de l'article 46, est contraire au libellé de cet article, qui mentionne l'introduction des marchandises dans les "circuits commerciaux" et non pas la "remise des marchandises au contrevenant".

16. La Chine reconnaît que, lorsque les douanes constatent que certaines circonstances sont réunies, elles sont tenues de prendre les dispositions prévues par les mesures chinoises à l'étape considérée. C'est là le nœud du problème pour les États-Unis. Le graphique (pièce US-68) montre que, dans chacune des circonstances pour lesquelles la réponse est "oui", les douanes n'ont pas la compétence requise en vertu de l'Accord sur les ADPIC. Bien que la Chine soutienne que les États-Unis doivent fournir des preuves factuelles de préjudices résultant de l'option du don, notre allégation repose sur la *structure juridique* qui régit la prise de décision des douanes. Le fait que les douanes ne sont pas *habilitées* à faire ces dons conformément aux principes énoncés à l'article 46 est mis en évidence par la Loi sur les dons publics, qui autorise la vente commerciale des marchandises reçues en don lorsque certaines conditions sont réunies, et également par le fait que les douanes sont obligées de signer un accord en matière de donation pour éviter que ces marchandises soient vendues.

17. Même lorsqu'il existe un accord en matière de donation, la vente commerciale semble possible. La Loi chinoise sur les contrats dispose que, lorsqu'un contrat contient une stipulation contraire à une loi, la loi l'emporte sur la stipulation du contrat. Les règlements douaniers de la Chine seraient sans incidence sur le droit que la Loi sur les dons reconnaît aux organismes caritatifs de vendre les marchandises données en cas de changement de circonstances.

18. Les mesures de la Chine obligent les douanes à passer à l'étape de la vente aux enchères publiques si le détenteur du droit n'achète pas les marchandises (et si le don n'est pas approprié). Cette prescription aura en fait une incidence sur la décision du détenteur du droit d'acheter les marchandises contrefaites. Si le détenteur doit payer les marchandises contrefaites, pour être sûr qu'elles seront détruites de manière à ne pas pouvoir être mises aux enchères, ce paiement constitue pour lui un préjudice financier.

19. Par ailleurs, les procédures obligatoires de la Chine privant les douanes du pouvoir d'empêcher la vente aux enchères lorsque c'est la solution prévue dans la hiérarchie qui s'impose aux douanes, les procédures de vente aux enchères sont incompatibles avec la première phrase de l'article 46. De toute évidence, la vente aux enchères n'est pas la destruction, et la Chine ne conteste pas qu'elle entraîne l'introduction de ces marchandises dans les circuits commerciaux. La Chine s'efforce de faire valoir que les marchandises de marque qu'elle vend aux enchères ne sont pas protégées par l'article 46, mais son argument est hors de propos. Dans la dernière phrase de l'article 46, les Membres ont déjà réglé cette question soulevée par la Chine: il n'est nullement nécessaire de prouver plus avant le préjudice au détenteur du droit. Deuxièmement, nous avons aussi démontré que l'étape de la vente aux enchères publiques est incompatible avec le principe de la dernière phrase de l'article 46, parce que la Chine introduit ces marchandises dans les circuits commerciaux de manière habituelle, et non dans des cas exceptionnels seulement.

20. Comme l'indique le graphique, l'étape de la "destruction" n'est atteinte que si aucune des options précédentes n'est possible. Alors, et alors seulement, les douanes chinoises ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites. Les conditions extrêmement restrictives dans lesquelles le régime juridique chinois permet la destruction ne sont pas conformes à l'article 46.

III. L'ARTICLE 4 DE LA LOI CHINOISE SUR LE DROIT D'AUTEUR

21. La Chine a reconnu qu'elle refuse la protection par le droit d'auteur à certaines œuvres lorsque les autorités chinoises déterminent que le contenu de ces œuvres est illégal. Le libellé de l'article 4.1 en lui-même montre bien que la mesure chinoise est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC et il constitue le principal "fait" démontrant notre allégation. Nous avons également produit d'autres éléments de preuve, y compris une analyse des déclarations de la Cour populaire suprême, une explication de la force juridique des interprétations judiciaires en Chine et de la relation entre les déclarations des juridictions chinoises et les déclarations de l'administration chinoise, les déclarations officielles faites par la Chine elle-même à l'OMC sur le fonctionnement de la Loi sur le droit d'auteur et des analyses d'auteurs et experts juridiques reconnus.

22. *Premièrement*, l'article 4.1 de la Loi sur le droit d'auteur est contraire à l'article 2(1) et 2(6) de la Convention de Berne. *Deuxièmement*, comme l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur refuse à certaines œuvres la protection du droit d'auteur, les droits exclusifs énumérés à l'article 10, ainsi que toutes les garanties de cette loi, leur sont aussi refusés. En conséquence, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 5(1) de la Convention de Berne. Ces arguments ont été développés dans la première communication des États-Unis au sujet de l'article 4.

23. La portée de l'exclusion opérée par l'article 4.1 n'est pas limitée. Le dispositif de censure de la Chine fait penser que de nombreuses catégories d'œuvres sont susceptibles d'être exclues de la protection. La contrefaçon qui continue de faire rage en Chine, y compris pour des œuvres qui ont été interdites ou censurées, montre que cette disposition comporte des conséquences graves pour les détenteurs de droits. Et, dans la mesure où la Chine vise les marchés *étrangers*, c'est sur les pays qui reçoivent les produits exportés contrefaisants que pèse la charge de faire respecter les droits, puisque les détenteurs de droits sont privés d'un instrument essentiel qui permettrait d'empêcher les exportations. De plus, les détenteurs de droits étrangers connaissant mal les préférences actuelles du gouvernement chinois en matière de contenu ne peuvent jamais savoir avec certitude si la protection par le droit d'auteur leur sera accordée ou refusée.

24. L'article 17 n'autorise pas un système qui refuse absolument de protéger par un droit d'auteur opposable toute une catégorie d'œuvres non approuvées. Si les rédacteurs de la Convention de Berne avaient voulu faire cela, ils l'auraient pu en le précisant dans les articles 2(8) ou 2*bis*(1). En réalité, le pouvoir de censurer une œuvre ne signifie pas que le détenteur est dépouillé de son droit d'auteur et privé de la possibilité de l'opposer aux tiers qui pourraient produire ou vendre des copies contrefaites sur le marché intérieur ou les marchés étrangers. C'est aussi le point de vue de la doctrine dominante. La censure n'a rien à voir avec le droit des détenteurs d'autoriser ou d'interdire certaines utilisations par des tiers de leur expression d'une idée.

25. *Troisièmement*, l'article 4.1 subordonne la protection par le droit d'auteur à une formalité qui est incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne, et donc aussi avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine reconnaît qu'elle procède à un examen préalable avant publication et diffusion de certains types d'œuvres, y compris des films et produits audiovisuels, et elle admet que, dans certains cas, elle n'autorise pas la publication tant que le contenu n'a pas été approuvé. En conséquence, lorsqu'un examen préalable est requis et que la publication est interdite jusqu'à ce que le contenu ait été approuvé à l'issue de l'examen, l'article 4, tel qu'il est libellé, fait dépendre la protection par le droit d'auteur du résultat de cet examen, autrement dit d'une formalité.

26. L'avis rendu dans l'affaire *Zheng Haijin* montre que les tribunaux examinent le contenu d'une œuvre avant de décider si elle est ou non protégée par le droit d'auteur. Les déclarations de la Chine montrent en fait que, au moment où le détenteur du droit d'auteur cherche à défendre en justice ses droits sur une œuvre, il doit prouver que le contenu de cette œuvre satisfait aux conditions de

l'examen afin de se voir accorder la protection du droit d'auteur. Il y a là manifestement une condition (ou formalité) préalable à la protection par le droit d'auteur qui, si elle n'est pas satisfaite, empêche l'exercice et la jouissance des droits. De plus, la Chine a admis que les critères appliqués pour examiner le contenu et déterminer ce qui est "illégal" aux fins de l'article 4.1 se recoupent largement, rendant la distinction insignifiante. En outre, bien que la Chine affirme que le texte de l'article 4.1 ne renvoie pas aux mesures d'examen du contenu citées par les États-Unis, rien dans l'article 4.1 n'indique que les œuvres dont la publication ou la diffusion sont prohibées ne doivent être prohibées que par la Loi sur le droit d'auteur.

27. *Quatrièmement*, l'article 4.1 est incompatible avec l'article 41:1 et avec les première et deuxième phrases de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'il exclut certaines mesures correctives civiles et pénales. L'article 17 ne saurait justifier l'exclusion de ces mesures correctives par la Chine. Une interdiction résultant de la censure ne peut en aucune manière se substituer à la mise en œuvre du droit d'auteur sur les œuvres concernées. Au contraire, les droits d'auteur du détenteur de l'œuvre impliquent que soient appliquées certaines mesures correctives, notamment civiles, qui ne sont pas prévues dans la mise en œuvre de la censure par les pouvoirs publics.

28. En ce qui concerne l'article 3:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, les déclarations faites par la Chine dans le contexte du présent différend ont confirmé que cette allégation est "utile", puisqu'elles ont renforcé notre conviction que l'article 4.1 est incompatible avec les obligations découlant pour la Chine de l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE A-6

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE FINALE DES ÉTATS-UNIS À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Nous avons indiqué hier que la deuxième réunion de fond du Groupe spécial est un bon moment pour faire le bilan. C'est aussi un bon moment pour rappeler le contexte dans lequel ce différend a été porté devant vous.

2. Ce différend concerne le régime juridique que la Chine a mis en place pour protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Plus précisément, il concerne trois aspects particuliers de ce régime. Brièvement, nos allégations sont les suivantes: les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC ont établi un ensemble structuré de règles que les Membres de l'OMC doivent suivre en matière de protection et de défense des droits de propriété intellectuelle. Dans chacune des trois allégations que nous avons avancées dans ce différend, nous cherchons à faire en sorte que de telles règles soient mises en place en Chine, et qu'elles soient conformes aux disciplines négociées. Dans nos communications, nous avons montré que – malheureusement – tel n'est pas le cas.

II. LES SEUILS D'INFRACTION FIXÉS PAR LA CHINE POUR LA MISE EN ŒUVRE DE PROCÉDURES ET SANCTIONS PÉNALES EN CAS D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

3. En ce qui concerne le premier aspect du système juridique chinois que nous avons contesté, nous voudrions d'emblée faire une observation générale: le fait que les mesures en cause sont des mesures pénales ne les met pas à l'abri d'un examen par le Groupe spécial. À ce propos, nous avons été surpris par l'affirmation faite hier par la Chine, au paragraphe 28 de sa déclaration orale. En effet, la Chine a affirmé qu'avec ce différend "c'est la première fois qu'un groupe spécial de l'OMC est appelé à trancher une question de droit pénal interne". En tant que partie défenderesse dans au moins deux différends où étaient en cause des aspects de notre droit pénal – à savoir le différend *États-Unis – Jeux* (auquel la Chine a participé en tant que tierce partie) et le différend *États-Unis – Loi de 1916* – les États-Unis peuvent assurer le Groupe spécial que cela n'est absolument pas le cas.

4. Passons au texte de la disposition pertinente de l'Accord sur les ADPIC, la première phrase de l'article 61: nous avons expliqué en détail comment il convient d'interpréter l'expression "échelle commerciale", en suivant les règles coutumières d'interprétation consacrées par la *Convention de Vienne*, afin d'aider le Groupe spécial à élaborer un cadre d'analyse pour l'interprétation et l'application de cette expression "échelle commerciale", à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

5. Nous prions en particulier le Groupe spécial de rejeter la demande que lui fait la Chine de substituer l'expression "activité d'une ampleur considérable" à l'expression "échelle commerciale". Ce serait une erreur que de remplacer un terme sur lequel les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC s'étaient entendus par une formule différente. Comme d'autres groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC l'ont fait pour tant d'autres termes des Accords de l'OMC, le Groupe spécial est appelé dans ce différend à élaborer une grille d'analyse solide lui permettant d'interpréter et d'appliquer le critère de l'"échelle commerciale" et non pas une formule de remplacement.

6. Ainsi que nous l'avons déclaré dans nos communications, bien que l'expression "échelle commerciale" ait un sens clair, cela ne signifie pas que tous les actes de contrefaçon ou de piratage seront analysés de manière identique. Comme c'est souvent le cas pour les critères de ce genre, il y aura des différences en fonction des *circonstances* concrètes. Nous avons proposé dans nos

communications une grille d'analyse pour l'interprétation et l'application de l'expression "échelle commerciale" qui tient compte du fait que ce qui constitue une "échelle commerciale" dans une situation donnée est variable.

7. Dans nos discussions avec le Groupe spécial hier, nous nous sommes demandé comment déterminer si un Membre s'acquitte de cette obligation. À cet égard, les États-Unis et les tierces parties ont cité divers facteurs qui pourraient être pris en considération. Mais pouvons-nous énumérer, parmi ces facteurs, ceux qui sont pertinents pour l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'expression "échelle commerciale"?

8. La réponse est que tous les facteurs cités par les États-Unis et par des tierces parties sont *potentiellement* pertinents. Ces facteurs seraient par exemple: les débouchés pour les marchandises contrefaites, l'objet de l'infraction, son ampleur ou sa portée, la valeur des marchandises contrefaites, le point de savoir si le contrevenant cherche à réaliser des bénéfices financiers, les moyens de production des marchandises contrefaites, les moyens de distribution de ces marchandises, la commercialisation et la recherche de clients, l'usage auquel sont destinées les marchandises contrefaites, les incidences de l'infraction sur le détenteur du droit et l'implication de la criminalité organisée.

9. Pourtant, il est difficile de présenter une liste exhaustive des facteurs potentiellement pertinents. C'est parce qu'il est difficile de connaître à l'avance toutes les circonstances dans lesquelles des contrevenants peuvent porter atteinte au droit d'auteur, compte tenu en particulier de la créativité dont ils font preuve et des progrès de la technique.

10. En même temps, il est important de souligner que la loi pénale des Membres n'a pas à être un catalogue de tous les moyens possibles de mesurer l'échelle commerciale. L'obligation résultant de l'Accord sur les ADPIC est de mettre en place un régime juridique qui criminalise tous les actes délibérés de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale, mais elle n'impose pas de forme de rédaction particulière au législateur. Le Groupe spécial doit examiner si la loi chinoise a pour objet de créer un bouclier pénal qui supprime la responsabilité pénale pour des actes qui sont objectivement effectués "à une échelle commerciale".

11. Les seuils de la Chine ne permettent pas d'examiner d'autres facteurs que les seuils numériques eux-mêmes et, comme les États-Unis l'ont démontré, ils ne permettent donc pas d'atteindre certaines catégories de piratage et de contrefaçon à l'"échelle commerciale". Nous avons soigneusement décrit l'un après l'autre les seuils de la Chine prévus aux articles 213, 214, 215, 217 et 218, en montrant très exactement comment ces seuils empêchent d'appréhender des activités menées à une "échelle commerciale". Par exemple, nous indiquons comment le seuil relatif au "volume des activités illicites" prévu à l'article 213 met hors d'atteinte des activités économiques réelles – exemple manifeste d'"échelle commerciale". En outre, on voit mal comment la fabrication ou la vente de produits de soins personnels ou de petits appareils électroniques contrefaits représentant une valeur légèrement inférieure à 6 900 dollars ne serait pas "à une échelle commerciale".

12. De plus, si, dans sa rhétorique, la Chine a constamment fixé l'attention sur la vente d'une unique copie contrefaite, nous devrions nous intéresser à nouveau au seuil fixé par la Chine dans son article 217, qui est de 500 copies. La réalité est que, en Chine, un producteur peut fabriquer 499 copies, ou un détaillant vendre 499 copies, tout en échappant aux poursuites grâce au bouclier pénal créé par les seuils de l'article 217. Ici aussi, l'examen de la grille d'analyse et des facteurs relevés par les États-Unis et de nombreuses tierces parties démontre qu'une telle activité est "à une échelle commerciale".

13. De même, l'expression "échelle commerciale" s'applique certainement aussi à ceux qui véritablement exercent des activités commerciales dans le but d'en retirer des bénéfices financiers. Les États-Unis ont produit un certain nombre d'illustrations concrètes d'activités à l'"échelle commerciale" liées à la contrefaçon de marque et au piratage des droits d'auteur à divers stades de la chaîne d'approvisionnement commercial de la Chine – y compris la fabrication, la vente en gros et la vente au détail. À cet égard, nous avons montré que le marché chinois se caractérise par la place qu'y occupent les petits fabricants, intermédiaires et distributeurs, et que le commerce de détail se fait au travers de petits points de vente. (De plus, la Chine convient maintenant que ce n'est pas seulement la fabrication qui peut se produire "à une échelle commerciale".)

14. D'ailleurs, les données sur les saisies figurant dans le rapport CCA (pièce US-41) viennent confirmer ce qui précède, puisqu'elles fournissent un instantané de l'"échelle" du "commerce" en Chine pour certains produits contrefaits ou piratés. Chacune des pages des données relatives aux saisies annexées au rapport contient une liste d'entreprises opérant "à une échelle commerciale" et, dans de nombreux cas, des perquisitions menées par les autorités chinoises et aboutissant à des saisies inférieures aux seuils en vigueur à l'époque considérée. Les points de vente au détail – exemples classiques d'échelle commerciale – peuvent donc opérer en deçà des seuils, et le font effectivement, sans qu'il soit possible de les poursuivre et les condamner au pénal en raison des seuils de la Chine. (Nous noterons aussi que les statistiques des saisies fournies par Nintendo confirment à de nombreux égards ce que nous venons de dire.)

15. Enfin, la Chine présente un certain nombre d'arguments invitant le Groupe spécial à porter son attention sur des questions périphériques telles que la dimension, la portée ou les incidences de l'infraction, au lieu de se demander si d'abord il y a infraction. (Cette remarque vaut aussi pour nos deux autres allégations.) Cette approche cependant ne constitue pas un moyen de défense viable. Une fois de plus, nous demandons seulement que la Chine mette en œuvre les règles requises par l'Accord sur les ADPIC.

III. LES MESURES À LA FRONTIÈRE PRÉVUES PAR LA CHINE POUR DISPOSER DES MARCHANDISES SAISIES

16. Nous passons maintenant au deuxième aspect du régime juridique de la Chine que nous avons contesté: les mesures chinoises à la frontière. Nous avons expliqué que, selon le texte des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes, certains faits déclenchent certains résultats obligatoires. Et nous avons aussi expliqué qu'un certain nombre de ces résultats sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

17. Au paragraphe 66 de sa déclaration orale d'hier, la Chine a fait une analogie entre la situation du tribunal pénal appelé à se prononcer sur la culpabilité et la situation des autorités douanières chinoises qui ont prétendument une "compétence discrétionnaire" pour faire des constatations quant à l'existence ou l'inexistence des éléments de fait déclenchant les options obligatoires de mise hors circuit ou de destruction en vertu des Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes.

18. L'analogie établie par la Chine illustre en fait le contraire de ce que celle-ci soutient: les douanes n'ont pas une "compétence discrétionnaire" pour faire autre chose que ce que les <u>faits</u> et le texte de ses mesures commandent, de même qu'on peut penser qu'un tribunal chinois n'a pas une "compétence discrétionnaire" pour conclure à la culpabilité ou à l'innocence dans une affaire pénale. En droit, ils sont tenus de prendre les mesures dictées par les faits.

19. Si les actes des fonctionnaires des douanes chinoises sont régis aussi par d'autres lois, celles-ci peuvent influer sur les options qui sont ou non ouvertes dans certaines circonstances de fait, mais elles ne changent rien au caractère obligatoire de la hiérarchie des mesures de mise hors circuit

et de destruction prévues par la Chine. Les lois portant sur des matières autres que douanières, auxquelles il n'est pas renvoyé dans les mesures douanières, ne peuvent pas contredire les instructions spécifiques et obligatoires du régime défini par ces mesures. Nous prions respectueusement le Groupe spécial de rejeter toute idée contraire.

IV. ARTICLE 4 DE LA LOI CHINOISE SUR LE DROIT D'AUTEUR

20. Passons enfin au troisième aspect du régime juridique chinois de protection et de mise en œuvre des DPI que nous avons contesté: la première phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur. Dans ce cas également, les règles chinoises ne sont pas conformes aux disciplines qui ont été négociées. Ici, l'incompatibilité provient du refus absolu de la Chine de protéger les droits d'auteur sur toute une catégorie d'œuvres, en contradiction des dispositions de la Convention de Berne (et donc des dispositions de l'Accord sur les ADPIC).

21. Le texte de l'article 4.1 est clair, dépourvu d'ambiguïté et incontesté. Il refuse la protection du droit d'auteur à toute œuvre qui ne peut pas légalement être publiée ou diffusée en Chine – et pas seulement à son contenu illégal. Nous notons en passant que, par moments, la Chine a semblé indiquer que l'article 4.1 ne s'applique qu'au "contenu" illégal – mais rien dans l'article 4.1 ni dans aucune autre disposition ne confirme cette idée. De fait, le texte de l'article 4.1 – comme d'ailleurs le texte de l'article 2.2 – emploie le mot "œuvre" et non le mot "contenu".

22. En guise de moyen de défense, la Chine s'emploie surtout à créer une distinction artificielle entre droit d'auteur et protection du droit d'auteur. Mais, comme nous l'avons souligné, la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC ne permettent pas distinguer entre le "droit d'auteur" et la "protection du droit d'auteur" – les détenteurs ont droit à ce que leur droit d'auteur soit *protégé*.

23. En outre, les éléments de preuve présentés par l'une et l'autre parties montrent clairement que, dans certains cas au moins (y compris dans celui qu'a examiné la Cour populaire suprême dans l'affaire *Zheng Haijin*), les œuvres soit sont soumises à un examen obligatoire avant leur publication, soit doivent être examinées par l'autorité chargée de l'examen du contenu ou les tribunaux avant que ceux-ci ne tranchent le point de savoir si le droit d'auteur sur l'œuvre est protégé ou non. En outre, la Chine a reconnu la coïncidence étroite entre les normes applicables à l'examen du contenu et les normes applicables pour déterminer ce qui est "illégal" aux fins de l'article 4.1. Dans de telles circonstances donc, la protection du droit d'auteur en Chine est subordonnée à la formalité de l'examen du contenu (et soumise à l'incertitude en ce qui concerne les préférences des pouvoirs publics chinois en matière de contenu au moment considéré).

24. Enfin, la Chine fait valoir que l'article 17 de la Convention de Berne autorise la première phrase de l'article 4. Cependant, comme nous l'avons souligné dans notre communication à titre de réfutation et pendant cette réunion, censure n'équivaut pas à droit d'auteur. Dans le présent différend, nous contestons les *conséquences du point de vue du droit d'auteur* des choix qu'a faits la Chine. L'article 17 ne permet pas à la Chine d'éliminer la protection par le droit d'auteur, et l'article 17 ne justifie donc pas la première phrase de l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur.