

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

#### PLAINTES EN SITUATION DE NON-VIOLATION ET PLAINTES MOTIVÉES PAR UNE AUTRE SITUATION

##### Note récapitulative du Secrétariat

##### Révision

*Le présent document a été établi par le Secrétariat sous sa propre responsabilité et sans préjudice des positions des Membres ni de leurs droits et obligations dans le cadre de l'OMC.*

|       |   |    |
|-------|---|----|
| I.    | INTRODUCTION .....  | 1  |
| II.   | CARACTÈRE EXCEPTIONNEL DU RECOURS EN SITUATION DE<br>NON-VIOLATION..... | 3  |
| III.  | OBJECTIF DU RECOURS EN SITUATION DE NON-VIOLATION .....                 | 4  |
| IV.   | NATURE DES AVANTAGES RÉSULTANT DE L'ACCORD SUR LES ADPIC .....          | 10 |
| V.    | NATURE DES MESURES QUI POURRAIENT FAIRE L'OBJET D'UN LITIGE .....       | 15 |
| VI.   | CAUSALITÉ .....   | 19 |
| VII.  | CHARGE DE DÉMONTRER L'ANNULATION ET LA RÉDUCTION<br>D'AVANTAGES .....   | 20 |
| VIII. | MESURE CORRECTIVE .....   | 20 |
| IX.   | NÉCESSITÉ D'UNE ORIENTATION.....  | 21 |
| X.    | PROPOSITIONS D'ACTION.....  | 22 |
| XI.   | PLAINTES MOTIVÉES PAR UNE AUTRE SITUATION .....                         | 26 |
| XII.  | ENTRAVE À LA RÉALISATION D'UN OBJECTIF.....                             | 27 |

#### I. INTRODUCTION

1. À la réunion qu'il a tenue le 5 juin 2012<sup>1</sup>, le Conseil a demandé au Secrétariat de mettre à jour la note récapitulative au sujet des questions soulevées jusqu'à ce jour au cours des débats de fond sur ce point de l'ordre du jour (IP/C/W/349), qu'il avait établie en réponse à une demande du Conseil en mars 2002 et dont la dernière mise à jour datait de 2004 (IP/C/W/349/Rev.1). La présente révision de cette note répond à cette demande en incluant les questions qui ont été soulevées depuis la distribution de la version actualisée en 2004. Puisqu'elle est récapitulative, la présente note n'est pas exhaustive et elle vise à aider les Membres à poursuivre le débat de fond sur ce point de l'ordre du jour. Pour avoir une image complète de la question, on se reportera à l'ensemble du dossier constitué par les documents présentés par les délégations et les comptes rendus des réunions énumérés à l'annexe.

<sup>1</sup> Voir le compte rendu de la réunion dans le document IP/C/M/70, paragraphes 109 et 110.

2. En vertu de l'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC, le Conseil devait examiner la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre de l'Accord sur les ADPIC (appelées "plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation") et présenter ses recommandations au Conseil général au plus tard à la fin de 1999. À la première réunion du Conseil, en mars 1995, il a été suggéré que ce point fasse partie du programme de travail du Conseil, mais ce n'est qu'à sa réunion de décembre 1998 que le Conseil a eu un premier échange de vues à cet égard. Le Conseil a continué de tenir des débats sur la question, dont le plus récent a eu lieu à sa réunion de juin 2012 et, lors de l'élaboration du présent document, ce point figurait toujours à son ordre du jour. Dans ce contexte, diverses délégations ont présenté des documents et, à la demande du Conseil, le Secrétariat a élaboré une note d'information factuelle portant principalement sur l'expérience en matière de plaintes en situation de non-violation dans le cadre du GATT/de l'OMC (IP/C/W/124), ainsi que la présente note récapitulative. En 2001, le Président a distribué certaines rubriques, fondées en partie sur les sous-rubriques énoncées dans la note du Secrétariat, qui pourraient être utilisées pour organiser d'autres débats (JOB(01)/70). En 2002, le Président a distribué un ordre du jour annoté (JOB(02)/66) contenant des questions qui ont servi de point de départ à une grande partie des débats du Conseil qui ont suivi. Ces documents et ces notes sont énumérés à l'annexe.

3. Le 14 novembre 2001, à Doha, la Conférence ministérielle a traité la question de la façon suivante dans sa Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre:

"Le Conseil des ADPIC est chargé de poursuivre son examen de la portée et des modalités pour les plaintes des types de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 et de faire des recommandations à la cinquième session de la Conférence ministérielle. Il est convenu que, dans l'intervalle, les Membres ne déposeront pas de telles plaintes au titre de l'Accord sur les ADPIC."<sup>2</sup>

4. Dans la décision sur le Programme de travail de Doha adoptée par le Conseil général le 1<sup>er</sup> août 2004, la question a été traitée comme suit:

"**Autres éléments du programme de travail:** le Conseil général réaffirme la haute priorité que les Ministres ont donnée à Doha aux éléments du Programme de travail qui ne comportent pas de négociations. Notant qu'un certain nombre de ces questions présentent un intérêt particulier pour les pays en développement Membres, le Conseil souligne son engagement de s'acquitter des mandats donnés par les Ministres dans tous ces domaines. À cette fin, le Conseil général et les autres organes pertinents feront rapport conformément à leurs mandats de Doha à la sixième session de la Conférence ministérielle. Les moratoires visés au paragraphe 11.1 de la Décision ministérielle de Doha sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre et au paragraphe 34 de la Déclaration ministérielle de Doha sont prorogés jusqu'à la sixième Conférence ministérielle."<sup>3</sup>

5. Par la suite, les Membres ont prorogé le moratoire à la Conférence ministérielle de Hong Kong en 2005<sup>4</sup>, à la Conférence ministérielle de Genève en 2009<sup>5</sup> et, dernièrement, à la Conférence ministérielle de Genève en 2011. Cette décision se lit comme suit:

"Nous prenons note des travaux effectués par le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce conformément à notre Décision du 2 décembre 2009

---

<sup>2</sup> WT/MIN(01)/17, paragraphe 11.1.

<sup>3</sup> WT/L/579, paragraphe 1 h).

<sup>4</sup> WT/MIN(05)/DEC/, paragraphe 45./

<sup>5</sup> Décision de la Conférence ministérielle sur les "Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC" du 2 décembre 2009.

sur les "Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC" et lui prescrivons de poursuivre son examen de la portée et des modalités pour les plaintes des types de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 et de faire des recommandations à notre prochaine session, que nous avons décidé de tenir en 2013. Il est convenu que, dans l'intervalle, les Membres ne déposeront pas de telles plaintes au titre de l'Accord sur les ADPIC."<sup>6</sup>

6. À sa réunion du 5 juin 2012, le Conseil des ADPIC a demandé au Secrétariat d'établir la présente mise à jour de la précédente note récapitulative.<sup>7</sup>

7. Le présent document résume tout d'abord les observations formulées au sujet du caractère exceptionnel et de l'objectif du recours en situation de non-violation ainsi que des considérations d'ordre systémique concernant les plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC. Il traite ensuite les questions soulevées au titre des cinq rubriques distribuées par le Président dans le document JOB(01)/70: nature des avantages; mesures; causalité; charge de démontrer l'annulation ou la réduction d'avantages; et mesure corrective. Il résume ensuite les points au sujet desquels les Membres ont exprimé la nécessité d'une orientation, ainsi que leurs propositions d'action. Il se termine avec de brèves sections sur les plaintes motivées par une autre situation et les plaintes alléguant une entrave à la réalisation d'un objectif de l'Accord.

## II. CARACTÈRE EXCEPTIONNEL DU RECOURS EN SITUATION DE NON-VIOLATION

8. Certains ont souligné le caractère exceptionnel du recours fondé sur l'annulation et la réduction d'avantages en situation de non-violation (le "recours en situation de non-violation").<sup>8</sup> Le Groupe spécial *Japon – Pellicules* a souligné que "le recours en situation de non-violation devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel".<sup>9</sup> On a soutenu que le nombre de plaintes sans violation qui pourraient aboutir au titre de l'Accord sur les ADPIC était très limité.<sup>10</sup> On a fait valoir que ni les mesures de sauvegarde, ni le faible nombre de différends ne pouvaient être considérés comme pertinents quand on se demandait s'il fallait instaurer les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et, le cas échéant, à quelles conditions et dans quelles limites les introduire.<sup>11</sup> On a laissé entendre que le caractère exceptionnel du recours pourrait avoir une influence sur la portée des plaintes en situation de non-violation qui sont examinées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Décision de la Conférence ministérielle sur les "Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC" du 17 décembre 2011.

<sup>7</sup> IP/C/M/70, paragraphe 109.

<sup>8</sup> IP/C/M/28, paragraphe 192. Voir le document IP/C/W/249, section II, page 2. *Des observations similaires sont énoncées dans* les documents suivants: IP/C/M/22, paragraphe 145; IP/C/M/21, paragraphe 120; IP/C/M/23, paragraphe 117; IP/C/M/23, paragraphe 122; IP/C/M/23, paragraphe 126; IP/C/M/24, paragraphe 105; IP/C/M/24, paragraphe 106; IP/C/M/26, paragraphe 104; IP/C/M/27, paragraphe 162; IP/C/M/27, paragraphe 164; IP/C/M/29, paragraphe 223; IP/C/M/29, paragraphe 225; IP/C/M/30, paragraphe 203; IP/C/M/32, paragraphe 153.

<sup>9</sup> IP/C/W/212, section IV, page 4, qui cite le rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, WT/DS44/R, paragraphe 10.37. Voir aussi les documents IP/C/W/127, Sujets de préoccupation, page 2, et IP/C/W/385, paragraphe 2. *Des observations similaires sont énoncées dans* les documents suivants: IP/C/M/30, paragraphe 204; IP/C/M/22, paragraphe 136; IP/C/M/28, paragraphe 192; IP/C/M/32, paragraphe 156.

<sup>10</sup> IP/C/W/194, page 4.

<sup>11</sup> IP/C/M/24, paragraphe 105.

<sup>12</sup> IP/C/W/212, page 8.

### III. OBJECTIF DU RECOURS EN SITUATION DE NON-VIOLATION

9. La question de savoir quel était l'objectif du recours en situation de non-violation et s'il était nécessaire ou souhaitable dans le contexte des ADPIC a été discutée. Dans ce contexte, les délégations ont donné leur avis sur les conséquences d'ordre systémique de l'application du recours en situation de non-violation dans le domaine des ADPIC.

10. Une question examinée dans ce contexte a été **le point de savoir si le recours en situation de non-violation était nécessaire pour la sécurité et la prévisibilité des avantages** qui devraient découler de l'Accord sur les ADPIC, et notamment s'il pouvait être applicable aux avantages découlant des règles d'application générale ou s'il était seulement applicable aux avantages provenant des concessions tarifaires et autres concessions en matière d'accès aux marchés. À cet égard, des observations ont été faites concernant les **conséquences de l'application du recours en situation de non-violation pour l'équilibre des droits et obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et la question de savoir si elle accroîtrait ou réduirait la certitude.**

11. D'un côté, on a fait observer que les recours en situation de non-violation au titre du GATT portaient habituellement sur les avantages des concessions tarifaires négociées.<sup>13</sup> On a souligné que la portée du recours en situation de non-violation avait été réduite aux termes de l'article XXIII:3 de l'AGCS, lequel limitait les plaintes en situation de non-violation aux avantages découlant d'engagements spécifiques contractés par les Membres.<sup>14</sup> On a rappelé que le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets* précisait ce qui suit:

"Au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994, un Membre peut formuler une plainte "en situation de non-violation" lorsque l'équilibre des concessions négocié entre les Membres est rompu par l'application d'une mesure, que celle-ci soit ou non incompatible avec les dispositions de l'accord visé. Il ne s'agit pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation."<sup>15</sup>

On a fait valoir que même en ce qui concerne les concessions négociées, la nécessité de déposer des plaintes en situation de non-violation pour protéger les concessions tarifaires avait été dans une large mesure supprimée depuis la création de l'OMC, grâce à l'adoption de disciplines relatives aux subventions et aux mesures non tarifaires et à l'inclusion dans les accords figurant à l'Annexe 1 de l'Accord de Marrakech d'une flexibilité substantielle pour traiter les cas extrêmes sans recourir aux plaintes en situation de non-violation.<sup>16</sup> Pour les raisons exposées ci-dessus, le recours en situation de non-violation était tout simplement inapplicable dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC<sup>17</sup> lequel, contrairement aux autres Accords de l'OMC, était un accord *sui generis* qui n'avait pas été conçu pour

<sup>13</sup> IP/C/W/124, paragraphes 27 et 28 et IP/C/W/385, paragraphes 13 et 14; IP/C/M/40, paragraphe 152; IP/C/M/67, paragraphe 258.

<sup>14</sup> IP/C/M/32, paragraphe 156; IP/C/W/385, paragraphe 15.

<sup>15</sup> WT/DS50/AB/R, paragraphe 41, cité dans le document IP/C/W/194, page 6.

<sup>16</sup> IP/C/W/385, paragraphe 15.

<sup>17</sup> IP/C/M/23, paragraphe 111; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 278; IP/C/M/40, paragraphe 160; IP/C/M/46, paragraphe 170; IP/C/M/46, paragraphe 175; IP/C/M/46, paragraphe 182; IP/C/M/46, paragraphe 185; IP/C/M/47, paragraphe 244; IP/C/M/49, paragraphe 239; IP/C/M/62, paragraphe 108; IP/C/M/63, paragraphe 113; IP/C/M/63, paragraphe 114; IP/C/M/64, paragraphe 313; IP/C/M/64, paragraphe 315; IP/C/M/64, paragraphe 317; IP/C/M/65, paragraphe 201; IP/C/M/67, paragraphe 259; IP/C/M/67, paragraphe 261; IP/C/M/67, paragraphe 262; IP/C/M/67, paragraphe 264; IP/C/M/67, paragraphe 267; IP/C/M/67, paragraphe 268; IP/C/M/69, paragraphe 97; IP/C/M/69, paragraphe 98; IP/C/M/69, paragraphe 107; IP/C/M/69, paragraphe 109; IP/C/M/70, paragraphe 98; IP/C/M/70, paragraphe 100; IP/C/M/70, paragraphe 103; IP/C/M/70, paragraphe 108.

protéger l'accès aux marchés<sup>18</sup> ou l'équilibre des concessions tarifaires, mais pour instaurer des normes minimales de protection de la propriété intellectuelle<sup>19</sup> qui, lorsqu'elles étaient appliquées abusivement, pouvaient aller jusqu'à compromettre l'accès aux marchés (voir par exemple l'article 8).<sup>20</sup> On ne voyait pas très bien quelle analogie il y avait entre, d'une part, les concessions tarifaires ou les engagements spécifiques concernant les services et, d'autre part, la reconnaissance multilatérale des droits minimaux des nationaux que devait prévoir un Membre de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>21</sup> L'incapacité des Membres à satisfaire à l'obligation de fournir ces normes minimales pourrait être directement considérée comme une violation de l'Accord sur les ADPIC.<sup>22</sup> En outre, les normes minimales bénéficiaient de suffisamment de garanties au niveau national en vertu des dispositions visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle<sup>23</sup>, parce que les détenteurs de ces droits pouvaient avoir recours aux tribunaux nationaux à propos des avantages découlant de la protection.<sup>24</sup>

12. Par ailleurs, on a également souligné que, dans trois rapports, des groupes spéciaux du GATT avaient examiné des plaintes en situation de non-violation fondées sur des obligations générales plutôt que sur des concessions tarifaires spécifiques, pour conclure que l'article XXIII:1 b) du GATT ne se limitait pas aux avantages tarifaires.<sup>25</sup> On a soutenu que l'application du recours en situation de non-violation dans le cadre des ADPIC apporterait sécurité et prévisibilité et contribuerait à faire en sorte que l'on n'utilise pas la flexibilité prévue dans l'Accord sur les ADPIC à mauvais escient pour se soustraire à des obligations légitimes.<sup>26</sup> Ne pas autoriser les plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC inciterait finalement les Membres qui pouvaient être mécontents de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC et qui souhaitaient se soustraire à leurs obligations sans directement les enfreindre<sup>27</sup> à faire preuve d'imagination en matière de rédaction de lois et de règlements.

13. En réponse, on a fait valoir que les plaintes en situation de non-violation et les plaintes motivées par une autre situation ne sont pas nécessaires pour protéger un équilibre quelconque des droits et obligations propres à l'Accord sur les ADPIC parce que ceux-ci transparaissent dans les principales obligations et flexibilités prévues dans l'Accord et que ce dernier dispose expressément que les Membres de l'OMC n'ont pas l'obligation d'appliquer une protection plus large (article

---

<sup>18</sup> IP/C/M/46, paragraphe 173; IP/C/M/46, paragraphe 175; IP/C/M/46, paragraphe 178; IP/C/M/46, paragraphe 185; IP/C/M/47, paragraphe 233; IP/C/M/47, paragraphe 233; IP/C/M/49, paragraphe 224; IP/C/M/49, paragraphe 235; IP/C/M/49, paragraphe 237; IP/C/M/61, paragraphe 142; IP/C/M/61, paragraphe 144; IP/C/M/61, paragraphe 145; IP/C/M/61, paragraphe 146; IP/C/M/61, paragraphe 147; IP/C/M/61, paragraphe 150; IP/C/M/63, paragraphe 111; IP/C/M/64, paragraphe 311; IP/C/M/66, paragraphe 117; IP/C/M/66, paragraphe 119; IP/C/M/67, paragraphe 259; IP/C/M/69, paragraphe 101; IP/C/M/69, paragraphe 101.

<sup>19</sup> IP/C/M/66, paragraphe 111; IP/C/M/66, paragraphe 116; IP/C/M/67, paragraphe 253; IP/C/M/67, paragraphe 260; IP/C/M/69, paragraphe 102.

<sup>20</sup> IP/C/W/385, paragraphe 31.

<sup>21</sup> IP/C/M/22, paragraphe 142.

<sup>22</sup> IP/C/M/46, paragraphe 178; IP/C/M/49, paragraphe 235.

<sup>23</sup> IP/C/M/23, paragraphe 126; IP/C/W/385, paragraphes 33 à 36; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267.

<sup>24</sup> IP/C/M/21, paragraphe 120.

<sup>25</sup> Rapport du Groupe spécial *Communauté économique européenne – Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, de 1985, L/5778, non adopté; rapport du Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs*, de 1988; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Dérogation de 1955*, de 1990; cités dans les documents IP/C/W/212, page 6, et IP/C/W/124, annexe 4.

<sup>26</sup> IP/C/M/66, paragraphe 123; IP/C/M/67, paragraphe 252.

<sup>27</sup> IP/C/M/23, paragraphe 114; IP/C/M/47, paragraphe 238; IP/C/M/48, paragraphe 180; IP/C/M/49, paragraphe 230; IP/C/M/64, paragraphe 312; IP/C/M/65, paragraphe 200; IP/C/M/67, paragraphe 276.

premier).<sup>28</sup> L'application des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC affaiblirait la capacité de réglementation et porterait atteinte à des droits souverains car elle pourrait limiter la possibilité pour les Membres de prendre des mesures nouvelles et peut-être essentielles dans les domaines des questions sociales, du développement économique, de la santé, de l'environnement et de la culture, et affecter les politiques en vigueur dans ces domaines.<sup>29</sup> On a fait observer que, comme l'Accord sur les ADPIC, à la différence du GATT et de l'AGCS, ne visait pas à protéger, au moyen d'une exception générale, des mesures destinées à réaliser des objectifs importants de la politique nationale comme la protection de la santé et de l'environnement, ces mesures seraient dans une situation plus défavorable s'il devenait possible de les remettre en question en déposant des plaintes en situation de non-violation.<sup>30</sup> L'introduction du recours en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC, en particulier sans une bonne compréhension de la question, pourrait entraîner des changements importants pour l'Accord sur les ADPIC<sup>31</sup> et bouleverser l'équilibre délicat des droits et obligations qui y figurent<sup>32</sup> car les droits privés protégés au titre de l'Accord risquaient d'être placés au-dessus des intérêts de ceux qui utilisaient la propriété intellectuelle et au-dessus des considérations liées à la politique publique générale.<sup>33</sup> Comme les obligations contractées au titre de l'Accord sur les ADPIC, à la différence des consolidations tarifaires, ne peuvent faire l'objet d'une révision entre certaines parties, l'introduction des plaintes en situation de non-violation fonctionnerait comme un principe juridique créant de nouveaux avantages inconnus et les responsabilités correspondantes<sup>34</sup>, ce qui n'avait pas été négocié.<sup>35</sup> Cette introduction menacerait en outre de restreindre les flexibilités inhérentes à l'Accord sur les ADPIC<sup>36</sup> en créant des possibilités de pression unilatérale visant à décourager le recours à des licences obligatoires et autres mesures approuvées par la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique.<sup>37</sup> L'application des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC introduirait une incertitude juridique<sup>38</sup> dans le système de l'OMC en général et renforcerait ainsi l'inquiétude du public en ce qui concerne l'incidence de l'Accord sur les ADPIC sur la politique publique, par exemple la santé, la protection de la biodiversité et le transfert de technologies<sup>39</sup>, et aurait de ce fait des répercussions sur

---

<sup>28</sup> IP/C/W/385, paragraphe 38; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 276; IP/C/M/39, paragraphe 167; IP/C/M/40, paragraphe 158; IP/C/M/47, paragraphe 236; IP/C/M/61, paragraphe 149; IP/C/M/67, paragraphe 265; IP/C/M/67, paragraphe 266.

<sup>29</sup> IP/C/W/385, paragraphes 24 et 25 citant le document IP/C/W/141, paragraphe 4; IP/C/M/37/Add.1, paragraphes 268 et 273; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 278; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 283; IP/C/M/38, paragraphe 277; IP/C/M/39, paragraphe 179; IP/C/M/46, paragraphe 172; IP/C/M/67, paragraphe 259.

<sup>30</sup> IP/C/W/385, paragraphe 26.

<sup>31</sup> IP/C/M/23, paragraphe 111.

<sup>32</sup> IP/C/M/24, paragraphe 105; IP/C/M/46, paragraphe 174; IP/C/M/46, paragraphe 175; IP/C/M/46, paragraphe 183; IP/C/M/47, paragraphe 240; IP/C/M/59, paragraphe 74; IP/C/M/59, paragraphe 75; IP/C/M/70, paragraphe 106; IP/C/M/70, paragraphe 107..

<sup>33</sup> IP/C/W/385, paragraphe 21; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 268; IP/C/M/66, paragraphe 112.

<sup>34</sup> IP/C/W/385, paragraphe 22; IP/C/M/40, paragraphe 156.

<sup>35</sup> IP/C/M/66, paragraphe 111.

<sup>36</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 268; IP/C/M/65, paragraphe 202; IP/C/M/66, paragraphe 119; IP/C/M/67, paragraphe 259; IP/C/M/69, paragraphe 97; IP/C/M/69, paragraphe 101; IP/C/M/69, paragraphe 105.

<sup>37</sup> IP/C/W/385, paragraphes 27 et 28; IP/C/M/66, paragraphe 112;; IP/C/M/67, paragraphe 260; IP/C/M/69, paragraphe 102.

<sup>38</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 275; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 276; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 278; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 280; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 281; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 282; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 283; IP/C/M/38, paragraphe 270; IP/C/M/38, paragraphe 271; IP/C/M/38, paragraphe 272; IP/C/M/38, paragraphe 273; IP/C/M/39, paragraphe 175; IP/C/M/39, paragraphe 178; IP/C/M/40, paragraphe 152; IP/C/M/40, paragraphe 154; IP/C/M/40, paragraphe 162; IP/C/M/46, paragraphe 172; IP/C/M/46, paragraphe 175; IP/C/M/46, paragraphe 178; IP/C/M/46, paragraphe 183; IP/C/M/46, paragraphe 185; IP/C/M/47, paragraphe 237; IP/C/M/49, paragraphe 235; IP/C/M/49, paragraphe 226; IP/C/M/61, paragraphe 141; IP/C/M/62, paragraphe 61; IP/C/M/69, paragraphe 97.

<sup>39</sup> IP/C/M/66, paragraphe 113.

la prévisibilité et la sécurité que le système commercial multilatéral visait à offrir à tous les Membres de l'OMC.<sup>40</sup> Il a été dit que le risque de multiplication des plaintes en situation de non-violation avait déjà été mentionné au cours d'un certain nombre de consultations bilatérales sur les droits de propriété intellectuelle.<sup>41</sup>

14. Une autre question évoquée a été celle de la **relation entre le recours en situation de non-violation et le droit international**. On a également discuté de la question de savoir si la prescription relative à l'application de bonne foi des obligations internationales conformément aux principes normaux du droit international public était suffisante pour garantir les avantages au titre de l'Accord sur les ADPIC ou si un recours en situation de non-violation était également nécessaire.

15. On a fait valoir que comme la notion d'exécution et d'interprétation de "bonne foi" en droit international exigeait déjà une application raisonnable et de bonne foi de l'Accord sur les ADPIC, l'introduction d'un recours en situation de non-violation était donc inutile pour protéger l'équilibre des droits et obligations dans l'Accord sur les ADPIC.<sup>42</sup> Dans ce contexte, on a fait observer qu'aux termes de l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, les dispositions des accords visés par le Mémoire d'accord devaient être clarifiées "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public" qui comprenaient aussi la notion d'exécution et d'interprétation de "bonne foi" mentionnée aux articles 26 et 31 de la Convention de Vienne. On a rappelé que l'Organe d'appel avait dit ce qui suit sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*:

"[Le principe de la bonne foi], qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la *doctrine de l'abus de droit*, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable". L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle."<sup>43</sup>

16. On a en outre soutenu que le droit international n'avait pas évolué de manière à rendre les États ou les Membres punissables pour des actes ou des manquements dont ils n'étaient pas responsables par ailleurs. En droit international, la règle est encore que l'on est responsable des conséquences de violations de contrat ou d'actes ayant des effets préjudiciables. La notion de plaintes en situation de non-violation va plus loin. Elle vise à rendre un Membre responsable de situations où il n'a contrevenu à aucun accord et même à le rendre responsable de situations qu'il ne maîtrise pas.<sup>44</sup> La Commission du droit international a effectué des travaux sur la question de la responsabilité internationale des États pour des actes qui ne sont pas contraires à la loi, en particulier ceux qui ont pour effet de causer des dommages transfrontières. Toutefois, les travaux ne sont pas suffisamment avancés pour que l'on puisse encore en tirer des conclusions.<sup>45</sup> On a soutenu que le droit administré

---

<sup>40</sup> IP/C/W/385, paragraphe 54; IP/C/M/59, paragraphe 75; IP/C/M/64, paragraphe 316; IP/C/M/66, paragraphe 113; IP/C/M/67, paragraphe 260; IP/C/M/69, paragraphe 103; IP/C/M/70, paragraphe 107.

<sup>41</sup> IP/C/W/385, paragraphe 53.

<sup>42</sup> IP/C/W/385, paragraphe 32; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267; IP/C/M/38, paragraphe 272; IP/C/M/39, paragraphe 167; IP/C/M/39, paragraphe 179; IP/C/M/46, paragraphe 183; IP/C/M/47, paragraphe 237; IP/C/M/48, paragraphe 175; IP/C/M/65, paragraphe 202; IP/C/M/66, paragraphe 114; IP/C/M/69, paragraphe 100; IP/C/M/69, paragraphe 106; IP/C/M/70, paragraphe 105.

<sup>43</sup> WT/DS58/AB/R, paragraphe 158, cité dans le document IP/C/W/385, paragraphe 42.

<sup>44</sup> IP/C/M/23, paragraphe 120.

<sup>45</sup> IP/C/M/23, paragraphe 126. Depuis, la Commission du droit international a poursuivi ses travaux sur les actes unilatéraux des États et, le 11 août 2006, lors de sa 58<sup>ème</sup> session, a adopté un ensemble de dix Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (disponible à l'adresse suivante: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft>

par l'OMC n'était pas coupé des principes généraux du droit international, lesquels établissent une distinction entre les obligations primaires et les obligations secondaires. La notion de non-violation implique une obligation secondaire – remédier aux conséquences de la violation d'une obligation primaire – sans qu'il y ait d'obligation primaire – aucune obligation n'a été violée –, notion en soi unique en droit international. Elle existait dans le GATT de 1947 avec la sauvegarde de la règle du consensus positif, mais maintenant la règle du consensus négatif a modifié la situation.<sup>46</sup>

17. Lors de la discussion sur l'**impact de l'application du recours en situation de non-violation dans le domaine des ADPIC sur la cohérence du système de l'OMC**, les arguments ci-après ont été avancés.

18. On a fait valoir que le recours en situation de non-violation était un élément important du système de règlement des différends de l'OMC<sup>47</sup> et qu'il fallait maintenir une certaine cohérence entre les différents Accords de l'OMC.<sup>48</sup> On a aussi fait valoir qu'il n'existait pas de différence notable entre le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC et que, comme l'Accord sur les ADPIC était l'un des piliers du système de l'OMC, la notion de non-violation lui était aussi manifestement applicable.<sup>49</sup> L'Accord sur les ADPIC avait été négocié dans le cadre du Cycle d'Uruguay, dont les résultats faisaient partie d'un tout dans lequel des concessions dans un domaine faisant l'objet de négociations étaient accordées en échange d'avantages dans un autre, et devrait offrir aux Membres le même degré de sécurité et de prévisibilité que les autres Accords de l'OMC.<sup>50</sup> Il y avait aussi un échange de droits et d'obligations au sein de l'Accord lui-même par le biais de certaines restrictions et exceptions applicables à diverses formes de propriété intellectuelle.<sup>51</sup> On a fait valoir qu'un nouveau report de l'application du recours en situation de non-violation à l'Accord sur les ADPIC aurait pour effet de rompre l'équilibre des concessions atteint pendant le Cycle d'Uruguay.<sup>52</sup>

19. En réponse, on a fait valoir que ce n'était pas parce que le recours en situation de non-violation pourrait être justifié dans le cadre du GATT qu'il était forcément justifié dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC<sup>53</sup>, et que le contexte des ADPIC était différent de celui du GATT et de l'AGCS.<sup>54</sup> On a souligné que l'introduction des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC pourrait introduire une incohérence entre les différents Accords de l'OMC<sup>55</sup> en ce sens que des mesures par ailleurs compatibles avec les règles de l'OMC, comme les impositions et les prescriptions en matière de publicité, pourraient être contestées au titre de l'Accord sur les

---

[articles/9\\_9\\_2006.pdf](#)), dont l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note dans sa Résolution 61/34 du 4 décembre 2006.

<sup>46</sup> IP/C/M/27, paragraphe 182.

<sup>47</sup> IP/C/M/21, paragraphe 124; IP/C/M/40, paragraphe 170; IP/C/M/64, paragraphe 312; IP/C/M/65, paragraphe 200.

<sup>48</sup> IP/C/M/27, paragraphe 165; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 286.

<sup>49</sup> IP/C/M/27, paragraphe 177; IP/C/M/40, paragraphe 170; IP/C/M/46, paragraphe 176; IP/C/M/47, paragraphe 238; IP/C/M/48, paragraphe 179; IP/C/M/49, paragraphe 234; IP/C/M/61, paragraphe 148; IP/C/M/62, paragraphe 63; IP/C/M/63, paragraphe 112; IP/C/M/64, paragraphe 314; IP/C/M/65, paragraphe 200; IP/C/M/65, paragraphe 204; IP/C/M/66, paragraphe 123; IP/C/M/66, paragraphe 127; IP/C/M/67, paragraphe 270; IP/C/M/67, paragraphe 277; IP/C/M/69, paragraphe 108.

<sup>50</sup> IP/C/M/23, paragraphe 114; IP/C/M/38, paragraphe 274; IP/C/M/40, paragraphe 170; IP/C/M/46, paragraphe 180; IP/C/M/67, paragraphe 275.

<sup>51</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, incertitude quant à la portée", page 8.

<sup>52</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Fondement juridique de la position des États-Unis concernant l'expiration du "moratoire" sur les affaires sans violation", page 7; IP/C/M/47, paragraphe 238; IP/C/M/49, paragraphe 230; IP/C/M/64, paragraphe 312; IP/C/M/67, paragraphe 252.

<sup>53</sup> IP/C/M/22, paragraphe 146; IP/C/W/385, paragraphe 31.

<sup>54</sup> IP/C/M/22, paragraphe 144; IP/C/M/39, paragraphe 180.

<sup>55</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 268; IP/C/M/39, paragraphe 175; IP/C/M/40, paragraphe 151; IP/C/M/66, paragraphe 113; IP/C/M/67, paragraphe 260.

ADPIC<sup>56</sup>, ce qui reviendrait à établir un nouveau motif d'action au titre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>57</sup> Les plaintes en situation de non-violation et les plaintes motivées par une autre situation dans le cadre des ADPIC n'étaient pas nécessaires pour protéger les engagements en matière d'accès aux marchés prévus dans le GATT ou l'AGCS, ou tout autre équilibre des concessions établi dans le cadre du Cycle d'Uruguay, car ils sont protégés d'une manière adéquate par ces accords ou d'autres accords mentionnés à l'Annexe 1.<sup>58</sup>

20. À l'opposé, on a fait valoir qu'une plainte en situation de non-violation déposée au titre de l'Accord sur les ADPIC ne pouvait pas compromettre l'application cohérente d'un autre Accord de l'OMC. L'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit expressément que "[l]es recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés". Par ailleurs, l'article 3:5 du Mémoire d'accord prévoit que "[t]outes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs". Étant donné que l'Accord sur l'OMC est le fruit d'un engagement unique, il est fort improbable, même en l'absence de ce libellé explicite du Mémoire d'accord, qu'un groupe spécial détermine qu'une chose qu'un Membre a acceptée aux termes d'un volet de cet engagement unique annule ou compromet les avantages accordés au titre d'un autre volet de l'engagement. En outre, étant donné qu'une condition essentielle à l'aboutissement d'une plainte en situation de non-violation est que l'action faisant l'objet de la plainte n'était pas prévisible lors de la négociation de l'avantage, il est évident que si un Accord de l'OMC prévoit expressément l'accomplissement d'une action, celle-ci était prévue lors des négociations, de sorte que la plainte en situation de non-violation ne pourrait aboutir.<sup>59</sup>

21. On a fait valoir que l'introduction de plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC déséquilibrerait encore davantage la répartition des responsabilités entre les Membres de l'OMC, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel.<sup>60</sup> Dans le cadre du GATT, les négociateurs avaient considéré la notion d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation comme un point de repère pour orienter les consultations bilatérales, les négociations et les décisions multilatérales et n'envisageaient pas l'application de cette notion à une procédure contraignante de règlement par une tierce partie. Elle était appliquée d'une manière telle que chaque partie contractante avait la possibilité de bloquer l'adoption d'une constatation d'annulation ou de réduction d'avantages. Au titre de l'Accord sur l'OMC, par contre, les décisions déterminant les avantages pertinents dans les cas de plaintes en situation de non-violation seraient prises indépendamment par l'Organe d'appel, et devraient être acceptées sans condition. La crainte a été exprimée que l'incertitude concernant l'application des plaintes en situation de non-violation n'entraîne une "interprétation non voulue"<sup>61</sup> et que des interprétations éventuellement élargies des obligations contractées dans le cadre de l'OMC puissent être établies par des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qui ne pourraient pas être facilement infirmées par les Membres de l'OMC.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> IP/C/W/385, paragraphe 18; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 268; IP/C/M/66, paragraphe 113.

<sup>57</sup> IP/C/W/385, paragraphe 19.

<sup>58</sup> IP/C/W/385, résumé analytique et paragraphe 15; IP/C/M/46, paragraphe 178; IP/C/M/49, paragraphe 235.

<sup>59</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3, *Voir également* le document IP/C/M/30, paragraphe 205.

<sup>60</sup> IP/C/W/385, paragraphe 51; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 270.

<sup>61</sup> IP/C/W/385, paragraphe 51, citant le document IP/C/W/191, paragraphe 13.

<sup>62</sup> IP/C/W/385, paragraphe 51. Une déclaration similaire se trouve dans le document IP/C/M/39, paragraphe 178.

#### IV. NATURE DES AVANTAGES RÉSULTANT DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

22. Une grande partie du débat de fond sur la question a porté sur les éléments essentiels d'une plainte en situation de non-violation. Certaines questions en matière de procédure et de recours ont également été soulevées. L'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 traite d'un avantage résultant pour un Membre directement ou indirectement d'un accord qui se trouve annulé ou compromis du fait qu'un autre Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. Dans un tel cas, l'article 26:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends exige que la partie plaignante présente une justification détaillée à l'appui de sa plainte et, pour apporter une mesure corrective en cas de non-violation, il n'y a pas obligation de retirer la mesure en cause.

##### a) Objectifs et principes

23. On a fait valoir qu'une évaluation des avantages et objectifs de l'Accord sur les ADPIC devrait tenir compte des objectifs déclarés et du préambule de l'Accord. Les facteurs pertinents à examiner en ce qui concerne les avantages découlant de l'Accord sur les ADPIC pourraient inclure: des normes et principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle; l'équilibre des droits et obligations; la promotion de l'innovation technologique et le transfert et la diffusion de la technologie; l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent les connaissances technologiques; le bien-être social et économique; et la garantie que les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne restreignent pas le commerce légitime.<sup>63</sup>

24. On a souligné que le Conseil devait tenir compte du rôle des objectifs et principes de l'Accord énoncés aux articles 7 et 8. L'Accord sur les ADPIC vise à instaurer un équilibre entre la protection des droits de propriété intellectuelle et d'autres politiques sociales et économiques et il importe que les Membres disposent de la flexibilité nécessaire pour adapter les droits de propriété intellectuelle de manière à préserver l'équilibre souhaité.<sup>64</sup> On a fait valoir que les plaintes en situation de non-violation n'étaient pas nécessaires pour protéger l'équilibre entre ceux qui détiennent et ceux qui utilisent des droits de propriété intellectuelle puisque ces derniers n'ont pas d'incidence sur l'équilibre des obligations entre les Membres.<sup>65</sup> On a précisé que le statut des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC ne semblait pas être exactement le même que celui de l'article XX du GATT de 1994, étant donné que l'article 8 était assujéti aux autres dispositions de l'Accord.<sup>66</sup>

25. On a fait valoir que le lien de l'Accord sur les ADPIC avec l'accès aux marchés ne résidait que dans les principes fondamentaux énoncés dans la Partie I, par exemple l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, les objectifs que constituaient le transfert et la diffusion de technologie et les attentes raisonnables en la matière grâce à la promotion de l'innovation technologique.<sup>67</sup> On a fait valoir que la tension inhérente dans l'Accord sur les ADPIC entre la promotion du commerce international et de l'innovation technologique d'une part et la défense des intérêts publics avec la protection des droits de propriété intellectuelle d'autre part, serait renforcée par l'introduction de plaintes en situation de non-violation et de plaintes motivées par une autre situation, puisque les deux camps pourraient apparemment avoir des motifs de plaintes.<sup>68</sup>

26. On a fait valoir que tous les avantages, quels qu'ils soient, découlant de l'Accord sur les ADPIC étaient décrits d'une manière adéquate dans le texte de l'Accord et que les Membres n'avaient

---

<sup>63</sup> IP/C/W/212, section B, page 4.

<sup>64</sup> IP/C/M/28, paragraphe 193.

<sup>65</sup> IP/C/W/385, paragraphe 32; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267.

<sup>66</sup> JOB(00)/6166, paragraphes 17 et 18.

<sup>67</sup> IP/C/M/28, paragraphe 194.

<sup>68</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 281.

pas consenti à accorder des avantages sortant du cadre établi par le texte.<sup>69</sup> L'article premier disposait expressément que "[I]es Membres donner[ai]ent effet aux dispositions du présent accord" et que "[I]es Membres pourr[ai]ent, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescri[va]it le présent accord", de sorte qu'il n'était pas permis d'escompter légitimement des avantages allant au-delà de la protection effective des droits de propriété intellectuelle.<sup>70</sup> On a fait valoir que la meilleure manière d'obtenir ces avantages serait l'exécution de bonne foi des obligations contenues dans l'Accord sur les ADPIC.<sup>71</sup> On a aussi fait valoir que, s'agissant d'un accord qui contenait des règles et disciplines semblables à celles de l'Accord sur les ADPIC, il ne pouvait y avoir d'annulation d'avantages s'il n'y avait pas de violation ou d'atteinte.<sup>72</sup>

## b) Protection de la propriété intellectuelle

27. L'Accord sur les ADPIC prévoit des normes minimales en ce qui concerne l'acquisition ou l'exploitation de droits de propriété intellectuelle et leur portée, ainsi que des procédures et des mesures visant à faire respecter ces droits, en particulier des mesures efficaces contre tout usage par des tiers sans autorisation. On a laissé entendre que les plaintes pouvaient s'inscrire dans une situation de non-violation dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'elles étaient liées essentiellement à des avantages dont on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils découlent de l'octroi de droits de propriété intellectuelle et de leur caractère exclusif, en d'autres termes, des avantages propres à l'Accord sur les ADPIC plutôt qu'au rendement économique visé par les concessions en matière d'accès aux marchés dans le cadre du GATT ou de l'AGCS. Les cas dans lesquels la limitation de l'exercice, du maintien ou du respect d'un droit de propriété intellectuelle fait spécifiquement l'objet d'une plainte peuvent appartenir à une telle catégorie. En revanche, lorsque (une restriction à) l'accès aux marchés constitue l'objet principal d'une plainte, celle-ci devrait être déposée exclusivement en vertu des procédures pertinentes prévues par le GATT ou l'AGCS.<sup>73</sup> À partir de la Partie II, les avantages auxquels on peut raisonnablement s'attendre sont liés aux normes minimales prescrites et non aux attentes en matière d'accès aux marchés.<sup>74</sup>

28. On a souligné que l'article 63:1 de l'Accord sur les ADPIC définissait "l'objet du présent accord" de la façon suivante: "existence, portée, acquisition des droits de propriété intellectuelle et moyens de les faire respecter et prévention d'un usage abusif de ces droits".<sup>75</sup> On a soutenu que, même si l'Accord sur les ADPIC était un accord sur l'accès aux marchés, il était doté de son caractère distinctif et, par conséquent, il fallait tenir plus ou moins compte de considérations supplémentaires pour analyser l'application de critères de non-violation dans ce cadre.<sup>76</sup>

## c) Exploitation des droits

29. On a fait valoir que l'"avantage" conféré en vertu de l'Accord sur les ADPIC était la capacité d'"acquérir, de maintenir et de faire respecter" les droits de propriété intellectuelle. L'"avantage" ne s'étend pas automatiquement à l'exploitation de ces droits. Par ailleurs, il y a différentes formes

---

<sup>69</sup> IP/C/W/385, paragraphes 38 et 39; IP/C/M/37/Add.1, paragraphes 267 et 269; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 281; IP/C/M/38, paragraphe 277; IP/C/M/40, paragraphe 159; IP/C/M/40, paragraphe 166.

<sup>70</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 276; IP/C/M/39, paragraphe 167; IP/C/M/40, paragraphe 158.

<sup>71</sup> IP/C/W/385, paragraphes 38 et 39.

<sup>72</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 280.

<sup>73</sup> IP/C/M/27, paragraphe 159; voir également le document IP/C/W/385, paragraphe 35 qui fait valoir qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer la notion de plainte en situation de non-violation à l'Accord sur les ADPIC pour traiter ces cas.

<sup>74</sup> IP/C/M/28, paragraphe 194; IP/C/W/385, paragraphes 33 à 36; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267; IP/C/M/39, paragraphe 175.

<sup>75</sup> IP/C/M/27, paragraphe 182.

<sup>76</sup> IP/C/M/27, paragraphe 168.

d'avantages non économiques à prendre en considération.<sup>77</sup> L'Accord sur les ADPIC accorde au titulaire d'un brevet uniquement le droit d'empêcher des tiers de commettre certains actes; il ne lui garantit pas qu'il peut exploiter ses droits lorsque d'autres dispositions législatives – par ailleurs compatibles avec les Accords de l'OMC – interdisent cette exploitation.<sup>78</sup>

#### d) Accès aux marchés

30. On a soutenu que l'Accord sur les ADPIC était un accord relatif à l'accès aux marchés puisqu'il aidait à réduire les distorsions qui existaient dans les marchés avant sa négociation en établissant des normes minimales et des principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce<sup>79</sup> et en garantissant l'existence de moyens appropriés et efficaces de faire respecter ces droits sans que ces moyens ne deviennent eux-mêmes des obstacles au commerce légitime.<sup>80</sup> Le début du préambule de l'Accord se lit comme suit: "Les Membres, désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international ..."

31. Certains ont répliqué que les résultats des négociations de l'OMC sur l'accès aux marchés étaient consignés dans des listes de concessions nationales annexées au Protocole du Cycle d'Uruguay, lequel faisait partie intégrante de l'Acte final. Il n'y avait pas le même type d'échange d'engagements dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, qui énonçait des règles de base relatives à la protection de la propriété intellectuelle, ne portait pas principalement sur les questions d'accès aux marchés et ne contenait pas l'engagement d'arriver à un certain niveau dans ce domaine.<sup>81</sup> Même s'il facilitait l'accès aux marchés des marchandises et services dotés de droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC n'était pas un accord d'accès aux marchés en tant que tel<sup>82</sup> puisqu'il concernait des droits et non des produits.<sup>83</sup> Les engagements en matière d'accès aux marchés sont contenus dans les listes respectives des Membres de l'OMC annexées au GATT et à l'AGCS et ont été négociés au cours des cycles successifs du GATT et de l'OMC.<sup>84</sup>

32. On a fait valoir que la plupart des accords énumérés à l'Annexe 1 de l'Accord sur l'OMC ne renfermaient généralement pas un engagement d'arriver à un certain niveau pour ce qui est de l'accès aux marchés.<sup>85</sup> Ces accords, tout comme l'Accord sur les ADPIC, établissent des conditions applicables au commerce international.<sup>86</sup> Tout comme les obstacles techniques au commerce ou les normes sanitaires et phytosanitaires, les différentes normes visant à protéger les diverses formes de droits de propriété intellectuelle et à faire respecter ces droits peuvent entraver l'accès au marché des marchandises commercialisées par les Membres. L'accès au marché que les pays ont négocié risque de perdre sa valeur en l'absence de certaines normes minimales uniformes sur lesquelles les Membres de l'OMC puissent compter.<sup>87</sup>

<sup>77</sup> IP/C/W/249, section intitulée "Avantages résultant de l'Accord sur les ADPIC", page 3.

<sup>78</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3.

<sup>79</sup> IP/C/M/65, paragraphe 204; IP/C/M/67, paragraphe 270.

<sup>80</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC est un accord d'accès aux marchés", page 2.

<sup>81</sup> IP/C/M/62, paragraphe 60.

<sup>82</sup> IP/C/W/249, section intitulée "II Reconnaissance du caractère exceptionnel des plaintes "en situation de non-violation" et de la nature spécifique de l'Accord sur les ADPIC", page 2; IP/C/W/385, paragraphe 31.

<sup>83</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 280; IP/C/M/62, paragraphe 62.

<sup>84</sup> IP/C/M/27, paragraphe 159.

<sup>85</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, Incertitude quant à la portée", page 7.

<sup>86</sup> *Ibid.*, page 7.

<sup>87</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC est un accord d'accès aux marchés", page 2.

33. Toutefois, on a fait valoir que l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, d'une part, et l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, d'autre part, non seulement visaient spécifiquement à garantir un accès aux marchés prévisible, mais contenaient en outre des dispositions de fond qui avaient trait essentiellement à la prévisibilité de l'accès aux marchés grâce à des normes universellement acceptées en ce qui concerne des objectifs légitimes tels que la sécurité et la santé. À l'opposé, s'agissant des droits de propriété intellectuelle, les avantages auxquels on pourrait raisonnablement s'attendre seraient liés aux normes minimales prescrites et non aux attentes en matière d'accès aux marchés.<sup>88</sup> Dans ce contexte, on a aussi fait valoir que, alors que les autres Accords de l'OMC renforçaient la concurrence, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC avaient pour effet de réduire la concurrence pour encourager l'innovation.<sup>89</sup>

34. On a soutenu que les "avantages" résultant pour les Membres de l'Accord sur les ADPIC étaient tout aussi clairs que ceux qui découlaient du GATT et d'autres Accords faisant partie du système de l'OMC. Les avantages découlant de l'Accord sur les ADPIC sont pour la plupart clairs, à tout le moins pour ceux qui sont familiarisés avec les diverses formes de propriété intellectuelle.<sup>90</sup> Ils comprendraient notamment le traitement national et le traitement NPF qui sont accordés aux ressortissants de chacun des Membres; le niveau de protection accordé aux ressortissants de chacun des Membres pour chacune des formes de propriété intellectuelle visées par l'Accord sur les ADPIC; l'extension des obligations aux objets existants à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC; ainsi que d'autres avantages.<sup>91</sup> On soutient que, si certains Membres ont l'impression que l'Accord sur les ADPIC diffère d'une manière ou d'une autre des autres Accords de l'OMC, c'est uniquement parce que des droits de propriété intellectuelle sont accordés à des personnes et non appliqués directement aux marchandises. Cependant, les règles établies par l'Accord sur les ADPIC déterminent le traitement applicable aux marchandises et aux services d'un Membre de l'OMC sur les territoires des autres Membres, et ce Membre tire de ce traitement les mêmes avantages que ceux qu'il tire des règles établies par les autres Accords de l'OMC.<sup>92</sup>

35. À l'opposé, on a fait valoir que les vues étaient très différentes quant au sens du terme "avantage" – lequel a donné lieu à de nombreux débats qui n'ont débouché sur aucune vue commune. La jurisprudence existante en matière de recours "en situation de non-violation" dans le contexte du GATT fournit un cadre précieux pour l'analyse globale, mais est d'une utilité limitée pour ce qui est de définir la notion d'"avantage" dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.<sup>93</sup> La notion d'avantage dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC semble être très différente de celle qui existe dans le contexte du GATT.<sup>94</sup> Il devrait être reconnu que le concept d'"avantage" est moins clair dans le cadre des ADPIC que dans le cadre d'un accord prévoyant des engagements précis en ce qui concerne l'accès aux marchés. Constitue un principe fondamental de l'Accord sur les ADPIC le fait que la négation d'une protection efficace ou suffisante à des niveaux convenus est une distorsion ou une entrave en ce qui concerne le commerce international légitime.<sup>95</sup> Bien que les droits de propriété intellectuelle puissent faciliter le commerce et l'investissement, les obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC ne peuvent être caractérisées comme des concessions en matière d'accès aux marchés de la même manière que peuvent l'être les obligations dans le cadre du GATT.

---

<sup>88</sup> IP/C/M/28, paragraphe 194; IP/C/W/385, paragraphes 33 à 36; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267.

<sup>89</sup> IP/C/W/385, paragraphe 33.

<sup>90</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, Affaiblissement du pouvoir réglementaire", page 7.

<sup>91</sup> IP/C/W/194, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, Incertitude quant à la portée", page 7.

<sup>92</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, Incertitude quant à la portée", page 7.

<sup>93</sup> IP/C/W/249, section intitulée "Avantages résultant de l'Accord sur les ADPIC", page 3.

<sup>94</sup> IP/C/M/29, paragraphe 223.

<sup>95</sup> IP/C/W/212, section C, page 5.

**e) Rapports de concurrence**

36. On a soutenu que le concept de "rapport de concurrence" était utilisé de façon constante dans les rapports des groupes spéciaux traitant de plaintes en situation de non-violation dans le cadre du GATT, relativement à la condition selon laquelle l'annulation ou la réduction d'un avantage devait découler de l'application d'une mesure. Il devrait être démontré que la position concurrentielle est bouleversée par l'application d'une mesure qui n'était pas raisonnablement prévue.<sup>96</sup> La pratique du GATT laisse entendre que l'"avantage" d'un accord comporte la création d'un rapport de concurrence ou de possibilités de concurrence; il s'agit habituellement du rapport de concurrence existant entre des produits importés et des produits d'origine nationale. De tels avantages découlent généralement des concessions tarifaires, bien que cela ne soit pas toujours le cas.<sup>97</sup>

37. S'agissant du concept de "rapport de concurrence", on a fait valoir que les groupes spéciaux traitant de plaintes en situation de non-violation s'étaient jusqu'à présent concentrés sur la question de savoir si, à la suite d'une mesure de mise en conformité qui n'aurait pas pu être raisonnablement anticipée, les rapports de concurrence entre les produits ou services avaient changé, annulant ou compromettant les avantages conférés par l'accord visé à la partie plaignante. Eu égard à la nature différente des avantages qui pouvaient être raisonnablement attendus de l'Accord sur les ADPIC, on s'est demandé si, et dans quelle mesure, le concept de rapport de concurrence pouvait s'appliquer au contexte des ADPIC. L'examen d'une telle question revêt une importance particulière parce qu'il pourrait permettre de déterminer s'il est véritablement nécessaire de prévoir un recours en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>98</sup>

38. On a soutenu qu'un tel concept dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC était très complexe.<sup>99</sup> Dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, il existe non seulement un rapport concurrentiel entre les ressortissants d'un pays Membre et ceux d'autres Membres, mais aussi un rapport concurrentiel entre le titulaire du droit et la société dans son ensemble<sup>100</sup> visant à fournir des encouragements et veiller à ce que la société retire des avantages.<sup>101</sup>

39. On a soutenu que, contrairement au GATT, l'Accord sur les ADPIC ne visait pas à réglementer les rapports de concurrence. En fait, on peut dire que l'Accord sur les ADPIC est dans un certain sens de nature anticoncurrentielle, lorsqu'il vise à récompenser les inventeurs.<sup>102</sup> L'Accord sur les ADPIC vise à instaurer des normes de traitement minimales, non pas à ce que les concurrents soient traités de la même manière. Le recours en situation de non-violation vise à protéger des concessions tarifaires réciproques et est tout simplement inapplicable dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.<sup>103</sup>

**f) Détenteurs de droits privés**

40. On a fait valoir que, dans le cadre d'un accord sur l'accès aux marchés ordinaire, un gouvernement devait accorder par exemple des concessions tarifaires en échange de concessions tarifaires réciproques. Les concessions sont accordées par un gouvernement à un autre gouvernement et, en cas de plainte en situation de non-violation, les conséquences négatives sont subies par cet autre

---

<sup>96</sup> Le concept est énoncé dans la section III.A.5 de la note du Secrétariat (IP/C/W/124) et avec plus de détails dans le rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules* (WT/DS44/R).

<sup>97</sup> IP/C/W/212, section C, page 5. Voir aussi le document IP/C/M/27, paragraphe 164.

<sup>98</sup> IP/C/M/29, paragraphe 223, qui mentionne le document JOB(00)/6166, paragraphes 13 et 14.

<sup>99</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 14.

<sup>100</sup> IP/C/M/28, paragraphe 193.

<sup>101</sup> IP/C/W/249, section II, page 2.

<sup>102</sup> IP/C/W/385, paragraphe 41.

<sup>103</sup> IP/C/M/23, paragraphe 111; IP/C/W/385, paragraphe 41.

gouvernement. Cependant, l'Accord sur les ADPIC est un accord *sui generis*; il vise à octroyer certains droits à des parties privées.<sup>104</sup>

41. À l'opposé, on a soutenu que, même si les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC concernaient des droits accordés aux ressortissants des Membres, plutôt que le traitement applicable aux marchandises ou aux services d'origine nationale sur le territoire des autres Membres, il ne s'agissait cependant pas là d'une différence aussi importante que certains semblaient le laisser entendre. Si certains Membres ont l'impression que l'Accord sur les ADPIC diffère d'une manière ou d'une autre des autres Accords de l'OMC, c'est uniquement parce que des droits de propriété intellectuelle sont accordés à des personnes et non appliqués directement aux marchandises. Les règles établies par l'Accord sur les ADPIC déterminent le traitement applicable aux marchandises et aux services d'un Membre de l'OMC sur les territoires des autres Membres, et ce Membre tire de ce traitement les mêmes avantages que ceux qu'il tire des règles établies par les autres Accords de l'OMC.<sup>105</sup>

42. On a soutenu que l'article XXIII du GATT ainsi que l'article 26 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends liaient les avantages aux parties contractantes/Membres. Les avantages résultant des normes sur les ADPIC devraient être ceux dont bénéficient les Membres de l'OMC et ne devraient pas être mélangés avec les intérêts de détenteurs de droits privés par rapport à l'exploitation de leurs droits de propriété intellectuelle.<sup>106</sup> Si les premiers étaient habituellement protégés par les procédures de règlement des différends multilatérales, le respect des seconds était assuré par les tribunaux nationaux.<sup>107</sup> L'application des plaintes en situation de non-violation pourrait techniquement signifier que les droits privés pourraient s'étendre au-delà de ce qui avait été négocié.<sup>108</sup>

43. On a fait valoir que les Membres n'avaient jamais imaginé qu'en signant l'Accord sur l'OMC ils s'étaient portés "garants" des avantages vis-à-vis des ressortissants des autres Membres.<sup>109</sup> Rien, d'un point de vue juridique, ne permet de supposer que les négociateurs voulaient que l'Accord sur les ADPIC soit un accord sur les investissements. Même s'il était question d'avantages raisonnablement escomptés, il ne pourrait s'agir que d'accès aux marchés pour des produits bénéficiant d'une protection au titre des droits de propriété intellectuelle dans le pays d'exportation et non pas de la rentabilité d'éventuels investissements.<sup>110</sup>

## V. NATURE DES MESURES QUI POURRAIENT FAIRE L'OBJET D'UN LITIGE

44. L'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 prévoit qu'une plainte formulée en vertu de cette disposition doit porter sur le fait qu'un autre Membre applique "une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent accord". La présente section résume les vues exprimées au sujet des types de mesures susceptibles de donner lieu à une plainte en situation de non-violation dans le domaine des ADPIC.

45. On a fait valoir qu'étant donné le caractère imprécis de telles mesures les gouvernements risquaient de se trouver indûment freinés dans l'élaboration de leurs politiques. On a souligné que les mesures et les politiques adoptées pour réaliser des **objectifs** légitimes **des pouvoirs publics**, telles que les mesures dans le domaine social et en matière de développement économique, de santé,

---

<sup>104</sup> IP/C/M/27, paragraphe 182; IP/C/W/385, paragraphe 31; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267.

<sup>105</sup> IP/C/W/194, page 9.

<sup>106</sup> IP/C/M/29, paragraphe 223, qui mentionne le document IP/C/W/212, section C, page 5; IP/C/W/385, paragraphe 40; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 269.

<sup>107</sup> IP/C/W/385, paragraphe 40.

<sup>108</sup> IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 281.

<sup>109</sup> IP/C/M/23, paragraphe 120.

<sup>110</sup> IP/C/M/28, paragraphe 194.

d'environnement et de culture, même si elles étaient pleinement compatibles avec les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, pouvaient avoir une incidence sur les droits de propriété intellectuelle. On a soutenu qu'en raison du processus contraignant de règlement des différends, les Membres pourraient découvrir que le concept vague de non-violation appliqué aux obligations afférentes aux ADPIC risquait d'avoir une portée beaucoup plus vaste que ce qu'ils auraient jamais pu prévoir.<sup>111</sup> En l'absence d'accord entre les Membres concernant ce recours, le processus de réglementation pourrait être ralenti.<sup>112</sup> La responsabilité des gouvernements Membres qui doivent réglementer des questions importantes ne devrait pas être entamée par des plaintes effectives, ou des menaces de plaintes, en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>113</sup>

46. En revanche, on a soutenu que le recours en situation de non-violation ne devrait pas empêcher les Membres de mettre en œuvre des politiques dans le domaine social et en matière de développement économique, de santé, d'environnement et de culture. Si une mesure proposée en vue de répondre à des préoccupations dans le domaine social ou en matière de développement économique, de santé, d'environnement ou de culture est susceptible d'avoir un effet défavorable sur les droits de propriété intellectuelle des ressortissants étrangers, le Membre devrait alors se pencher sur la question de savoir si cette mesure pouvait avoir été anticipée pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. Étant donné qu'il existe habituellement plusieurs manières d'appliquer une politique sociale, médicale, environnementale et culturelle et une politique de développement économique, un tel examen pourrait être utile pour ce qui est du choix de la mesure appropriée.<sup>114</sup> L'Accord sur les ADPIC a été négocié soigneusement de manière à ce qu'il soit suffisamment souple pour faire une place aux différents régimes juridiques et tenir compte du fait que les Membres ont besoin de réaliser différents objectifs de politique générale.<sup>115</sup> Par exemple, l'Accord sur les ADPIC accorde au titulaire d'un brevet uniquement le droit d'empêcher des tiers de commettre certains actes; il ne lui garantit pas qu'il peut exploiter ses droits lorsque d'autres dispositions législatives – par ailleurs compatibles avec les Accords de l'OMC – interdisent cette exploitation.<sup>116</sup> On s'est demandé si des mesures prises conformément aux articles 7 et 8 pouvaient être interprétées comme causant une annulation d'avantages en situation de non-violation.<sup>117</sup>

47. On a fait valoir que si les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC pouvaient être fondées sur toutes les mesures dont il était *probable qu'elles auraient un effet défavorable* sur les droits de propriété intellectuelle des ressortissants étrangers et qui n'avaient *pas été prévues* pendant le Cycle d'Uruguay, alors *n'importe quelle* mesure instituée par les pouvoirs publics, y compris les actions des autorités chargées de l'application des lois et des tribunaux, pourrait faire l'objet d'une plainte. On a dit craindre qu'au bout du compte, le recours en situation de non-violation soit utilisé comme moyen de faire appel des décisions juridiques nationales et de bouleverser l'équilibre entre les organismes publics nationaux.<sup>118</sup>

48. On s'est demandé si, dans un tel contexte, le terme "mesure" pouvait comprendre davantage que des **mesures gouvernementales**. Bien que le terme "mesure" n'ait pas encore été défini de façon explicite, les décisions rendues dans le cadre du GATT, notamment dans l'affaire *Japon – Pellicules* (WT/DS44/R), laissent entendre que les groupes spéciaux de l'OMC peuvent interpréter le terme assez largement, en l'étendant à tous les aspects d'une action gouvernementale. Les lois et les règlements

---

<sup>111</sup> IP/C/W/249, paragraphe 2. Voir aussi le document IP/C/M/30, paragraphe 194.

<sup>112</sup> IP/C/M/27, paragraphe 163; IP/C/W/385, paragraphe 25.

<sup>113</sup> IP/C/M/27, paragraphe 176.

<sup>114</sup> IP/C/W/194, section intitulée "Sujets de préoccupation des autres Membres, Affaiblissement du pouvoir réglementaire", page 9.

<sup>115</sup> IP/C/M/23, paragraphe 114.

<sup>116</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3.

<sup>117</sup> IP/C/W/249, section II, page 2.

<sup>118</sup> IP/C/W/385, paragraphe 45.

semblent être visés et, dans certaines affaires, les groupes spéciaux ont également jugé que le terme "mesure" comprenait les lignes directrices administratives, surtout si celles-ci étaient appliquées comme si elles étaient impératives.<sup>119</sup>

49. On s'est demandé si, dans un tel contexte, le terme "mesure" pouvait s'appliquer aux **actions des tribunaux ou des autorités chargées de l'application des lois**, notamment à la lumière des obligations relatives à l'exécution prévues par l'Accord sur les ADPIC.<sup>120</sup> L'application potentielle des plaintes en situation de non-violation en relation avec des décisions rendues par des tribunaux nationaux pourrait non seulement mener à une utilisation des plaintes en situation de non-violation pour faire appel de décisions judiciaires nationales, mais pourrait en outre avoir des conséquences juridiques plus complexes sur des questions telles que la souveraineté et la répartition des pouvoirs, questions qui dépassent la compétence du Conseil.<sup>121</sup>

50. On s'est demandé si les **actes de parties privées**, de même que les lois et règlements nationaux et peut-être aussi d'autres actions gouvernementales ayant force exécutoire, devaient être pris en considération pour déterminer l'existence d'une "mesure". Tant l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 que l'article 26:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends traitent de mesures gouvernementales, c'est-à-dire de l'application de mesures par "une autre partie contractante" et par "un Membre". D'après l'expérience acquise dans le cadre du GATT et de l'OMC, il semblerait que la partie plaignante doive démontrer l'existence d'une mesure imputable à la partie défenderesse.<sup>122</sup> On a soutenu que les actes de parties privées ne devraient pas être pris en considération pour déterminer l'existence d'une "mesure"<sup>123</sup>, car il serait difficile de demander à l'État de s'assurer du respect des droits pour les actions allant au-delà de ses systèmes juridiques ou juridictionnels.<sup>124</sup>

51. On s'est également demandé si le terme "mesure" pouvait comprendre **l'absence d'action**.<sup>125</sup> On a fait valoir que dans un scénario où, malgré l'apparente conformité des lois et réglementations d'un Membre avec l'Accord sur les ADPIC, un refus systématique d'appliquer ces dispositions nationales pourrait annuler ou réduire les avantages découlant de l'Accord sur les ADPIC.<sup>126</sup>

52. On a fait valoir que le fait de définir une "mesure", même d'une manière étroite, ne répondrait pas aux préoccupations exprimées concernant la portée de l'application du recours en situation de non-violation, puisqu'elles sont suscitées non seulement par l'absence de clarté entourant les "mesures" qui pourraient faire l'objet d'une plainte mais aussi, plus fondamentalement, par l'incertitude juridique inhérente à la notion de situation de non-violation et par son application dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC à n'importe quelle mesure nationale.<sup>127</sup>

53. On a souligné que, conformément à la pratique du GATT, une plainte en situation de non-violation devait être fondée sur une mesure que la partie plaignante n'aurait pas pu raisonnablement ou légitimement escompter ou prévoir. Le **rapport temporel** est essentiel pour

---

<sup>119</sup> IP/C/W/249, section II, page 2.

<sup>120</sup> IP/C/W/249, section III a), page 3.

<sup>121</sup> IP/C/M/30, paragraphe 204.

<sup>122</sup> Voir le paragraphe 32 de la note d'information factuelle du Secrétariat (IP/C/W/124).

<sup>123</sup> JOB(01)/43, page 2.

<sup>124</sup> IP/C/M/67, paragraphe 256.

<sup>125</sup> IP/C/W/249, section III a), page 3.

<sup>126</sup> IP/C/M/40, paragraphe 167.

<sup>127</sup> IP/C/W/385, paragraphe 46; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 270.

déterminer si la mesure aurait pu être raisonnablement escomptée.<sup>128</sup> On a indiqué que l'Accord sur les ADPIC avait été conclu le 15 avril 1994.<sup>129</sup>

54. Bien qu'il n'existe aucun consensus sur la valeur de l'examen des études de cas, plusieurs **exemples hypothétiques** ont été mentionnés au cours des débats.

Exemple A: Un Membre peut décider d'interdire la fabrication, la transformation, l'importation et la distribution de matériaux ou de produits contenant une substance prohibée. Cette interdiction est susceptible de se répercuter sur les titulaires étrangers de droits de propriété intellectuelle qui pourraient bien être les principaux fournisseurs de ces produits sur ce marché.<sup>130</sup>

*Un autre Membre a répondu à l'exemple*: Il semble que cet exemple toucherait principalement les brevets et les secrets commerciaux, et peut-être aussi les indications géographiques. L'Accord sur les ADPIC accorde au titulaire d'un brevet uniquement le droit d'empêcher des tiers de commettre certains actes; il ne lui garantit pas qu'il peut exploiter ses droits lorsque d'autres dispositions législatives – par ailleurs compatibles avec les Accords de l'OMC – interdisent cette exploitation. La section 7 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC indique que les personnes ayant sous leur contrôle des renseignements non divulgués doivent avoir le droit d'empêcher la divulgation de ces renseignements à des tiers ou leur acquisition ou leur utilisation par ceux-ci d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes. En outre, la protection accordée aux indications géographiques ne garantit pas que des produits donnés sur lesquels figurent de telles indications peuvent être vendus si d'autres mesures compatibles avec les Accords de l'OMC interdisent une telle vente. La plainte sans violation fondée sur cette interdiction hypothétique ne pourrait donc pas aboutir, puisque aucun avantage négocié n'existe.<sup>131</sup>

Exemple B: Un Membre peut décider d'imposer lourdement certaines marchandises comportant des droits de propriété intellectuelle dont l'emploi est nocif pour l'environnement.<sup>132</sup>

*Un autre Membre a répondu à l'exemple*: La plainte sans violation fondée sur cet exemple ne pourrait pas aboutir en raison de l'absence d'avantages.<sup>133</sup>

Exemple C: Un Membre pourrait interdire toute publicité pour des cigarettes, y compris leurs marques, pour des raisons de santé. Même si elle se conformait à l'article 15:4 de l'Accord sur les ADPIC en autorisant l'enregistrement de marques de cigarettes, l'interdiction pourrait annuler ou compromettre les avantages revenant aux titulaires des marques.<sup>134</sup>

*Un autre Membre a répondu à l'exemple*: Les interdictions frappant la publicité des cigarettes auraient facilement pu être anticipées au moment des négociations sur les ADPIC. De nombreux pays ont en effet déjà mis en place de telles interdictions ou en ont débattu activement.<sup>135</sup>

Exemple D: Il est possible qu'une très grande augmentation de la durée de la protection du droit d'auteur dans le Membre A annule ou réduise effectivement des avantages auxquels s'attendait le

<sup>128</sup> IP/C/W/124, note du Secrétariat, paragraphe 56.

<sup>129</sup> IP/C/W/249, section III d), page 3, qui mentionne le document IP/C/W/124, note du Secrétariat, paragraphe 56.

<sup>130</sup> IP/C/W/191, paragraphe 10.

<sup>131</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3.

<sup>132</sup> IP/C/W/191, paragraphe 10.

<sup>133</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3.

<sup>134</sup> IP/C/M/30, paragraphe 200.

<sup>135</sup> IP/C/M/30, paragraphe 205.

Membre B au moment des négociations et par la suite. Par exemple, les nationaux du Membre B pourraient avoir investi dans la production d'œuvres distinctes, comme des films ou des pièces de théâtre, en utilisant une œuvre qui devait tomber dans le domaine public ou en se fondant sur celle-ci.<sup>136</sup>

Exemple E: Si un Membre menaçait un pays Membre en développement de lui retirer les avantages du SGP s'il ne prenait pas certaines mesures, la menace elle-même pourrait annuler et compromettre l'avantage qu'attend le pays Membre en développement d'un règlement des différends fondé sur des règles.<sup>137</sup>

55. D'autres exemples généraux ont été proposés: les lois et réglementations qui touchaient à l'exploitation d'un DPI et qui pouvaient réduire la valeur de la propriété intellectuelle; les interprétations administratives ou judiciaires de l'Accord sur les ADPIC qui pourraient être compatibles avec les dispositions explicites de l'Accord mais qui, néanmoins, pourraient être considérées comme compromettant la valeur escomptée des DPI; les mesures visant à faire respecter les DPI qui se traduisaient par une sous-protection ou une surprotection de ces droits et en réduisaient ainsi la valeur escomptée.<sup>138</sup>

56. D'autres exemples spécifiques ont été évoqués: les interdictions relatives à la publication d'un livre pour des motifs de sécurité nationale; les lois sur le libellé diffamatoire, la pornographie et la littérature raciste appliquées aux œuvres protégées par un droit d'auteur; un programme d'enregistrement des armes à feu menant à une réduction des exportations d'armes à feu brevetées; le contrôle de l'importation de produits brevetés, tels que les produits pharmaceutiques, les biens électroniques et les pièces détachées de machines; les interdictions relatives aux cartes à collectionner imposées par les autorités scolaires et entraînant la réduction des ventes de cartes à collectionner portant la marque de commerce en provenance d'un autre Membre; les règlements nuisant à l'accès aux marchés des marchandises ou des services portant la marque de commerce.<sup>139</sup>

57. On a fait mention des technologies de l'information de pointe qui diffusaient l'information et pouvaient aussi pervertir la propriété intellectuelle et sur lesquelles les gouvernements Membres n'avaient aucune prise, en particulier les gouvernements des pays en développement. On a soutenu que les Membres ne devraient pas être responsables de situations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle étaient pervertis par des technologies sur lesquelles les Membres n'avaient aucune prise.<sup>140</sup>

## VI. CAUSALITÉ

58. On a fait observer que l'article XXIII:1 du GATT de 1994 exigeait qu'une plainte en situation de non-violation démontre que l'annulation ou la réduction de l'avantage "résulte" de l'application de la mesure.<sup>141</sup> On a indiqué que la question de la démonstration de l'existence d'un lien de causalité entre la mesure et son effet sur le rapport de concurrence devait également être examinée.<sup>142</sup> Bien que l'article 26:1 a) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévoit des règles supplémentaires à cet égard, il pourrait y avoir d'autres conséquences dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.<sup>143</sup>

---

<sup>136</sup> IP/C/W/249, section II, page 2.

<sup>137</sup> IP/C/M/27, paragraphe 182.

<sup>138</sup> IP/C/M/27, paragraphe 168.

<sup>139</sup> IP/C/W/249, section III b), pages 3 et 4.

<sup>140</sup> IP/C/M/23, paragraphe 122.

<sup>141</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 13.

<sup>142</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 14.

<sup>143</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 15.

## VII. CHARGE DE DÉMONTRER L'ANNULATION ET LA RÉDUCTION D'AVANTAGES

59. On a fait observer que l'article 26:1 a) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, suivant la pratique du GATT, prévoyait que la charge de la preuve en situation de non-violation devait incomber à la partie plaignante et que celle-ci devait présenter une justification détaillée à l'appui de sa plainte.<sup>144</sup> Jusqu'à présent, la jurisprudence donne à penser qu'une telle justification doit être davantage qu'une simple description de la mesure en cause. Une justification substantielle et détaillée doit être présentée quant aux attentes des parties contractantes et un lien de causalité clairement établi entre la mesure en cause et l'annulation ou la réduction d'avantages. En général, il semble que les groupes spéciaux aient appliqué une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités. On a laissé entendre que le caractère exceptionnel du recours pouvait avoir des conséquences sur la charge de la preuve.<sup>145</sup> On a proposé que les Membres se demandent s'il conviendrait d'appliquer un niveau plus élevé dans les affaires "en situation de non-violation" relevant de l'Accord sur les ADPIC.<sup>146</sup>

## VIII. MESURE CORRECTIVE

60. On a fait observer que l'article 26:1 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends disposait que, dans les cas où l'on a constaté l'annulation et la réduction d'avantages en situation de non-violation, il n'y a pas obligation de retirer la mesure. Dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

"Il ne s'agit pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation."<sup>147</sup>

61. Pour remédier à l'annulation ou à la réduction d'avantages en situation de non-violation, la seule mesure qui peut être recommandée est un ajustement des concessions en vue de rétablir l'équilibre de celles-ci.<sup>148</sup> Dans le contexte du GATT, lorsque l'allégation se rapporte à l'annulation ou la réduction de concessions en matière d'accès aux marchés, la quantification de la compensation ne pose habituellement pas de problème important. Cependant, la quantification du niveau de l'annulation et de la réduction des avantages peut s'avérer plus difficile dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.<sup>149</sup> Dans le cadre du GATT déjà, il n'existait qu'une pratique très limitée sur laquelle se fonder pour juger de ce qui était ou devrait être "habituel" en ce qui concerne les plaintes en situation de non-violation et c'était particulièrement vrai dans le cas de l'Accord sur les ADPIC.<sup>150</sup> Il existe une incertitude quant à la façon dont un tel recours pourrait s'appliquer dans le domaine de la propriété intellectuelle, où des droits privés sont conférés. Il est plus facile de retirer des concessions que de reprendre un droit privé.<sup>151</sup> On s'est demandé comment il faudrait s'y prendre pour quantifier le niveau de l'annulation si un Membre alourdissait la charge de la preuve au moment de faire respecter les droits de propriété intellectuelle sur son territoire, de manière à ce que les plaignants puissent difficilement obtenir gain de cause.<sup>152</sup> On a fait observer que l'article 26 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends disposait que la "compensation *pourra[it]* faire partie d'[un]

---

<sup>144</sup> IP/C/M/30, paragraphe 204.

<sup>145</sup> IP/C/W/212, page 8.

<sup>146</sup> IP/C/W/249, section IV, page 5.

<sup>147</sup> IP/C/W/249, section III c), page 5, qui cite le document WT/DS50/AB/R, paragraphe 41.

<sup>148</sup> IP/C/W/194, section intitulée "Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation", page 6.

<sup>149</sup> IP/C/W/249, section III c), page 5.

<sup>150</sup> IP/C/W/385, paragraphe 49.

<sup>151</sup> IP/C/M/24, paragraphe 106.

<sup>152</sup> IP/C/W/249, section III c), page 5.

ajustement mutuellement satisfaisant" et que les suggestions de l'arbitre concernant les moyens n'étaient pas contraignantes.<sup>153</sup>

## IX. NÉCESSITÉ D'UNE ORIENTATION

62. On a fait valoir que le Conseil ne devrait pas permettre qu'un mandat soit mis en œuvre de façon inadéquate sans recommandations ni décisions. Le Conseil devrait éviter toute situation dans laquelle la portée et les modalités des plaintes en situation de non-violation seraient déterminées au cas par cas au cours des différentes procédures de règlement des différends, ce qui entraînerait une perte de prévisibilité et de clarté.<sup>154</sup> Vu l'absence d'accord sur le sens du terme "avantage" dans le contexte des droits de propriété intellectuelle, un groupe spécial aurait à donner une définition pratiquement à partir de rien, ce qui sort des limites du mandat souhaitable d'un groupe spécial dans le cadre du processus de règlement des différends.<sup>155</sup>

63. En revanche, on a souligné que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel étaient liés par l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, qui dispose que "[l]es recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".<sup>156</sup> On a fait valoir que tant la pratique du GATT que celle de l'OMC en vertu des dispositions de l'article 26 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends semblaient fournir des orientations amplement suffisantes aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel.<sup>157</sup> En fait, il s'agit là des mêmes orientations que fournissent d'autres accords du Cycle d'Uruguay, de sorte que toute incertitude entourant les plaintes en situation de non-violation dans le contexte des ADPIC ne devrait pas être plus grande que l'incertitude qui entoure ce type de plaintes dans d'autres domaines.<sup>158</sup>

64. On a soutenu que l'application d'un tel recours dans le système du GATT jusqu'à présent ne permettait pas de déterminer comment il s'appliquerait dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, lequel est un accord prévoyant des normes minimales plutôt qu'un accord purement axé sur l'accès aux marchés<sup>159</sup>, traite de droits privés<sup>160</sup> et pourrait être en retard par rapport au développement de nouveaux droits de propriété dans le domaine de la technologie.<sup>161</sup> On a soutenu que le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets* (WT/DS50/AB/R) démontrait que l'élaboration de la portée et des modalités éventuelles devrait s'effectuer par voie de débats directs parmi tous les Membres et ne devrait pas être laissée à l'interprétation des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel<sup>162</sup> qui, en l'absence de directives appropriées en matière d'application, seraient confrontés à un vide

---

<sup>153</sup> IP/C/W/385, paragraphe 49.

<sup>154</sup> IP/C/W/212, section I, page 1. *Des observations similaires sont énoncées dans les documents suivants*: IP/C/M/27, paragraphe 159; IP/C/M/27, paragraphe 162; IP/C/M/27, paragraphe 164; IP/C/M/27, paragraphe 167; IP/C/M/27, paragraphe 168; IP/C/M/27, paragraphe 169; IP/C/M/27, paragraphe 170; IP/C/M/27, paragraphe 180; IP/C/M/27, paragraphe 182; IP/C/M/30, paragraphe 209; IP/C/M/32, paragraphe 156; IP/C/M/32, paragraphe 160.

<sup>155</sup> IP/C/W/127, Sujets de préoccupation, page 2. *Des observations similaires sont énoncées dans les documents suivants*: JOB(00)/6166, paragraphe 9, qui cite le document IP/C/W/127; IP/C/W/249, section III b), page 3; JOB(01)/43, page 2; IP/C/M/23, paragraphe 118; IP/C/M/24, paragraphe 105; IP/C/M/27, paragraphe 164.

<sup>156</sup> IP/C/W/194, section intitulée "L'Accord sur les ADPIC n'est qu'une partie d'un système cohérent d'accords", page 3.

<sup>157</sup> IP/C/M/32, paragraphe 159; IP/C/M/39, paragraphe 183; IP/C/M/46, paragraphe 177; IP/C/M/47, paragraphe 238; IP/C/M/48, paragraphe 180; IP/C/M/61, paragraphe 148; IP/C/M/66, paragraphe 127; IP/C/M/69, paragraphe 108.

<sup>158</sup> IP/C/M/32, paragraphe 159.

<sup>159</sup> IP/C/M/27, paragraphe 163; IP/C/W/385, paragraphes 33 à 36; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 267.

<sup>160</sup> IP/C/M/23, paragraphe 112.

<sup>161</sup> IP/C/M/23, paragraphe 120.

<sup>162</sup> WT/DS50/AB/R, paragraphe 42.

normatif que ne pourrait combler de manière satisfaisante une ordonnance judiciaire.<sup>163</sup> On a fait valoir que le rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules* (WT/DS44/R) avait fait naître une certaine incertitude quant à l'interprétation du recours en situation de non-violation, ce qui avait pour effet d'accroître l'incertitude entourant le recours et de lui donner potentiellement une portée très vaste.<sup>164</sup> On a soutenu que les opinions du Groupe spécial *Corée – Marchés publics* (WT/DS163/R), selon lesquelles les plaintes en situation de non-violation pouvaient dépasser le cadre traditionnel, fondé sur le principe *pacta sunt servanda*, prévu par l'article 26 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, et qui, selon lui, reflétaient la jurisprudence générale du GATT et de l'OMC, renforçaient les préoccupations concernant l'autorisation de telles plaintes dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>165</sup>

65. On a fait valoir que l'application éventuelle de plaintes en situation de non-violation à l'Accord sur les ADPIC comportait une nette distinction entre plaintes en situation de violation et en situation de non-violation.<sup>166</sup> En revanche, on a soutenu que la distinction entre plaintes en situation de violation et plaintes en situation de non-violation avait été suffisamment définie par les groupes spéciaux dans le cadre du GATT et que les mêmes principes s'appliqueraient aux plaintes dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Les lignes directrices découlant de cas précédents de non-violation et de l'article 26 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends seraient appliquées par les futurs groupes spéciaux avec la même précision et la même prudence que cela avait toujours été le cas.<sup>167</sup>

66. On a souligné que les concepts juridiques qui ne figuraient normalement pas dans le GATT mais qui étaient reconnus dans l'Accord sur les ADPIC, comme les intérêts légitimes du détenteur du droit et des tierces parties, ainsi que l'exploitation normale des droits, pouvaient éclairer l'examen de la question des "attentes raisonnables". Il est présumé aux articles 13, 17, 24, 26, 30, 31 et 40 que l'Accord sur les ADPIC confère des avantages. Les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114/R) et *États-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160/R) ont porté sur quelques-uns de ces articles et pourraient donc jeter de la lumière sur la question.<sup>168</sup>

## X. PROPOSITIONS D'ACTION

67. En ce qui concerne l'action que devra entreprendre le Conseil dans le domaine concerné, les **observations d'ordre général** suivantes ont été formulées:

- il ne devrait y avoir aucun affaiblissement des droits ou obligations des Membres du fait de plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC<sup>169</sup>;
- il fallait prendre en compte la perspective du développement<sup>170</sup>;
- le but principal de l'inclusion ou de l'introduction de ce type de disposition n'était pas de sanctionner les Membres de l'OMC mais d'instaurer de la prévisibilité afin

---

<sup>163</sup> IP/C/W/385, paragraphe 48.

<sup>164</sup> IP/C/W/127, section intitulée "Sujets de préoccupation", page 2.

<sup>165</sup> IP/C/M/27, paragraphe 165.

<sup>166</sup> IP/C/M/27, paragraphe 166.

<sup>167</sup> IP/C/M/29, paragraphe 229.

<sup>168</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 11.

<sup>169</sup> IP/C/M/27, paragraphe 176.

<sup>170</sup> IP/C/M/23, paragraphe 119.

d'empêcher les Membres d'annuler ou de compromettre les intérêts d'autres Membres<sup>171</sup>;

- la portée du recours en situation de non-violation devrait être soigneusement et étroitement définie<sup>172</sup>; et
- l'application des plaintes en situation de non-violation ne devrait pas compromettre les droits souverains de légiférer ou de réglementer pour diverses raisons juridiques, économiques et de développement valables, modifier l'équilibre de l'Accord sur les ADPIC<sup>173</sup>, engendrer de nouvelles obligations n'ayant pas été négociées<sup>174</sup>, ni créer des obstacles entravant le recours à des mesures légitimes en vertu de l'Accord sur les ADPIC.<sup>175</sup>

68. Certaines préoccupations ont été exprimées quant à la possibilité que l'application du recours en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC ne soit imprévisible en l'absence de **convergence de vues sur les éléments essentiels du recours** concernant la propriété intellectuelle.<sup>176</sup> On a indiqué que la notion n'avait pas trait à la propriété intellectuelle et que, tant que le Conseil des ADPIC n'aurait pas donné les précisions requises, les plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation ne devraient pas être admises dans le domaine des ADPIC.<sup>177</sup>

69. En revanche, on a fait valoir que les dispositions de l'article 26 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et les décisions prises par le passé par des groupes spéciaux dans le cadre du GATT ainsi que les discussions menées à l'OMC fournissaient déjà des orientations suffisantes aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel pour traiter ce type de cas si nécessaire.<sup>178</sup>

70. On a suggéré qu'une recommandation du Conseil note tout d'abord que, pour avoir gain de cause lors d'une plainte pour annulation et réduction d'un avantage en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, un Membre devrait établir:

- qu'il bénéficie d'un avantage résultant de l'Accord sur les ADPIC; et
- en ce qui concerne une plainte au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT, que l'autre Membre a mis en œuvre une mesure qui n'aurait pas pu être prévue durant les négociations sur les ADPIC, et que cette mesure a annulé ou compromis l'avantage en question; et

---

<sup>171</sup> IP/C/M/22, paragraphe 140.

<sup>172</sup> IP/C/M/29, paragraphe 223.

<sup>173</sup> IP/C/M/30, paragraphe 194.

<sup>174</sup> IP/C/M/23, paragraphe 119. Voir le document IP/C/M/23, paragraphe 122.

<sup>175</sup> IP/C/M/30, paragraphe 201.

<sup>176</sup> IP/C/M/27, paragraphe 163. *Des observations similaires sont énoncées dans les documents suivants:* IP/C/M/21, paragraphe 123; IP/C/M/22, paragraphe 136; IP/C/M/23, paragraphe 109; IP/C/M/23, paragraphe 110; IP/C/M/23, paragraphe 122; IP/C/M/24, paragraphe 105; IP/C/M/24, paragraphe 106; IP/C/M/24, paragraphe 108; IP/C/W/249, section III c); IP/C/M/28, paragraphe 192; IP/C/M/32, paragraphe 155, qui cite le document IP/C/W/249, section III c); IP/C/M/32, paragraphe 160; IP/C/M/30, paragraphes 196 et 203; IP/C/W/141, paragraphe 3; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 270; IP/C/M/38, paragraphe 277; IP/C/M/39, paragraphe 186; IP/C/M/40, paragraphe 168.

<sup>177</sup> IP/C/M/33, paragraphe 134.

<sup>178</sup> IP/C/M/30, paragraphe 205.

- en ce qui concerne une plainte au titre de l'article XXIII:1 c) du GATT, qu'une situation analogue est survenue.<sup>179</sup>

71. On a également suggéré qu'une recommandation du Conseil note que l'avantage en question concerne les intérêts d'un Membre et non les intérêts d'un détenteur de droits individuels et, par conséquent, comporte une certaine forme d'intérêt systémique ou d'annulation et de réduction systématiques d'un avantage plutôt que l'application spécifique d'une mesure au droit de propriété intellectuelle d'une personne. La recommandation pourrait également noter que les plaintes relatives aux avantages prévus aux termes de l'Accord sur les ADPIC devraient être évaluées compte tenu du préambule, des objectifs (article 7) et des principes (article 8) de l'Accord sur les ADPIC, de même que des dispositions spécifiques concernant les règles de fond de la propriété intellectuelle et les normes d'exécution applicables aux moyens de faire respecter les droits (y compris l'obligation de ne pas entraver le commerce légitime) et à l'administration des droits de propriété intellectuelle (Parties III et IV).<sup>180</sup>

72. On a suggéré qu'une recommandation du Conseil dresse la liste de facteurs indicatifs à prendre en considération lors de l'évaluation de l'importance de l'annulation et de la réduction des avantages, par exemple le nombre de droits de propriété intellectuelle affectés par la mesure ou situation faisant l'objet du différend, ainsi que le volume du commerce des marchandises ou services liés à ces droits.<sup>181</sup>

73. On a soutenu qu'il importait de veiller à ce qu'une plainte déposée en vertu d'un Accord particulier de l'OMC aboutisse à un règlement des différends ayant pour effet de **ne pas compromettre la cohérence entre les Accords de l'OMC**.<sup>182</sup> On a indiqué que l'interprétation de la protection juridique conférée aux détenteurs de droits en vertu de l'Accord sur les ADPIC ne devrait pas être incompatible avec le traitement accordé aux produits dans le cadre du GATT ou aux services et aux fournisseurs de services dans le cadre de l'AGCS.<sup>183</sup>

74. On a suggéré qu'une recommandation du Conseil note qu'une plainte en situation de non-violation relative à une mesure dont il a été démontré qu'elle sert légitimement les objectifs d'autres accords visés ne pourrait être maintenue, particulièrement si elle avait pour effet de compromettre l'application cohérente des Accords visés.<sup>184</sup>

75. On a formulé des suggestions plus spécifiques en vertu desquelles les mesures relevant de certaines exceptions ne seraient pas assujetties à la portée du recours en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. On s'est demandé si les Membres accepteraient qu'un pays dépose une plainte en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC si la mesure en question était jugée pleinement conforme aux dispositions multilatérales du GATT et des Accords qui y sont annexés ou de l'AGCS.<sup>185</sup> On a suggéré qu'à tout le moins, pour maintenir la cohérence entre les Accords de l'OMC, les mesures qui relèvent des exceptions générales énoncées dans le GATT ou l'AGCS ne devraient pas être assujetties à un règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>186</sup>

---

<sup>179</sup> IP/C/W/212, page 10; les points sont tirés du document IP/C/W/194, page 10.

<sup>180</sup> IP/C/W/212. Dans le document, on a proposé d'autres éléments possibles d'une recommandation, lesquels sont reproduits ailleurs dans la présente note récapitulative. IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 285.

<sup>181</sup> IP/C/W/212, page 9.

<sup>182</sup> IP/C/M/27, paragraphe 159.

<sup>183</sup> JOB(00)/6166, paragraphe 18.

<sup>184</sup> IP/C/W/212, page 9, qui cite le document IP/C/W/194, page 3.

<sup>185</sup> IP/C/M/66, paragraphe 113.

<sup>186</sup> IP/C/W/191, paragraphe 11.

76. On a suggéré qu'une recommandation du Conseil note que les plaintes en situation de non-violation relatives aux ADPIC ne devraient pas être maintenues si elles se rapportent à des limitations ou à des exceptions applicables à des droits de propriété intellectuelle qui sont déclarées conformes à des dispositions telles que les articles 13, 17, 24, 26:2, 30 et 40, ainsi que les dispositions correspondantes de la Convention de Berne, ou si elles se rapportent à des mesures qui préviennent des pratiques anticoncurrentielles abusives liées aux DPI et qui sont conformes à l'article 40:2.<sup>187</sup> D'autres dispositions, telles que les articles 21, 27:2, 27:3 et 31, ont également été mentionnées.<sup>188</sup>

77. On a indiqué que l'article 26:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévoyait que les rapports sur les plaintes "motivées par une autre situation" ne pouvaient encore être adoptés que par **consensus positif**.<sup>189</sup> Toutefois, pour ce qui concerne ces plaintes "en situation de non-violation", en l'absence d'un libellé explicite contraire à l'article 26:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, il semblerait que l'adoption de décisions "en situation de non-violation" se fasse par consensus "négatif". Or, on s'est demandé si, dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, les plaintes "en situation de non-violation" et celles "motivées par une autre situation" ne devraient pas également être régies par le même processus d'adoption des décisions – à savoir l'adoption par consensus "positif" (c'est-à-dire que tous les Membres devraient accepter le rapport pour que celui-ci soit adopté).<sup>190</sup> À l'opposé, on a fait valoir qu'une telle proposition était susceptible d'aller trop loin puisqu'elle soulevait une question systémique et semblait nécessiter un amendement du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.<sup>191</sup>

78. Lors d'une réunion informelle du Conseil des ADPIC, tenue le 23 mai 2003<sup>192</sup>, le Président a noté qu'en ce qui concernait les **propositions concrètes** sur l'action que le Conseil devrait entreprendre, dans la perspective spécifique de la Conférence ministérielle de Cancún, quatre options principales pouvaient être logiquement envisagées d'un point de vue purement théorique, à savoir:

- déterminer que le recours en situation de non-violation n'est pas applicable à l'Accord sur les ADPIC<sup>193</sup>;

---

<sup>187</sup> IP/C/W/212, section IV A, Portée, page 4.

<sup>188</sup> IP/C/M/29, paragraphe 225.

<sup>189</sup> Par renvoi à la décision du GATT du 12 avril 1989 sur les "Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT" (L/6489).

<sup>190</sup> IP/C/W/249, section intitulée "Adoption des décisions par consensus "positif" plutôt que par consensus "négatif" dans les plaintes "en situation de non-violation" relevant de l'Accord sur les ADPIC", page 6. Voir le document IP/C/M/30, paragraphe 197.

<sup>191</sup> IP/C/M/30, paragraphe 200.

<sup>192</sup> Il a été rendu compte de cette réunion à la réunion formelle du Conseil des ADPIC des 4 et 5 juin 2003; voir le document IP/C/M/40, paragraphes 143 et 144.

<sup>193</sup> IP/C/M/23, paragraphe 111; IP/C/W/385, paragraphe 56; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 270; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 274; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 278; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 280; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 281; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 284; IP/C/M/38, paragraphe 270; IP/C/M/38, paragraphe 271; IP/C/M/38, paragraphe 272; IP/C/M/38, paragraphe 273; IP/C/M/38, paragraphe 275; IP/C/M/38, paragraphe 276; IP/C/M/38, paragraphe 277; IP/C/M/38, paragraphe 278; IP/C/M/38, paragraphe 279; IP/C/M/39, paragraphe 167; IP/C/M/39, paragraphe 176; IP/C/M/39, paragraphe 177; IP/C/M/39, paragraphe 184; IP/C/M/39, paragraphe 185; IP/C/M/39, paragraphe 187; IP/C/M/40, paragraphe 145; IP/C/M/40, paragraphe 150; IP/C/M/40, paragraphe 152; IP/C/M/40, paragraphe 153; IP/C/M/40, paragraphe 156; IP/C/M/40, paragraphe 158; IP/C/M/40, paragraphe 159; IP/C/M/40, paragraphe 160; IP/C/M/40, paragraphe 161; IP/C/M/40, paragraphe 163; IP/C/M/40, paragraphe 165; IP/C/M/40, paragraphe 174; IP/C/M/46, paragraphe 173; IP/C/M/46, paragraphe 178; IP/C/M/46, paragraphe 183; IP/C/M/46, paragraphe 185; IP/C/M/47, paragraphe 235; IP/C/M/48, paragraphe 183; IP/C/M/49, paragraphe 226; IP/C/M/49, paragraphe 227; IP/C/M/49, paragraphe 228; IP/C/M/49, paragraphe 236; IP/C/M/49, paragraphe 227; IP/C/M/59, paragraphe 57; IP/C/M/63, paragraphe 108; IP/C/M/64, paragraphe 311; IP/C/M/64, paragraphe 316; IP/C/M/64, paragraphe 318; IP/C/M/64, paragraphe 319; IP/C/M/64, paragraphe 320;

- appliquer le recours en situation de non-violation sans aucune condition<sup>194</sup>;
- autoriser le recours aux plaintes en situation de non-violation et aux plaintes motivées par une autre situation au titre de l'Accord sur les ADPIC sous réserve de certaines orientations spécifiques additionnelles concernant leur portée et leurs modalités;
- prolonger le moratoire de manière à donner au Conseil plus de temps pour examiner la portée et les modalités des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC.<sup>195</sup>

79. Depuis, ces options ont été examinées dans le cadre de consultations informelles et au Conseil des ADPIC lorsque les Membres ont étudié les recommandations formulées sur cette question à l'intention des Conférences ministérielles, et plus récemment lors de la réunion du Conseil des 28 et 29 février 2012.<sup>196</sup> Les notes de bas de page relatives aux options exposées au paragraphe précédent indiquent le degré de soutien accordé à chacune d'entre elles à cette réunion du Conseil ainsi qu'à de précédentes occasions.

80. Des vues divergentes ont aussi été exprimées au sujet de la **prescription relative à la présentation d'une recommandation du Conseil des ADPIC** à la Conférence ministérielle. On a fait valoir qu'une recommandation serait nécessaire uniquement si le Conseil formulait des recommandations contenant des suggestions spécifiques quant à la portée et aux modalités de ces plaintes, et qu'aucune recommandation ne serait nécessaire si le Conseil souhaitait que le moratoire expire, après quoi les plaintes en situation de non-violation pourraient être appliquées à l'Accord sur les ADPIC.<sup>197</sup> En réponse, il a été fait valoir que l'application de plaintes en situation de non-violation exigerait le consensus de l'ensemble des Membres, conformément à l'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>198</sup>

## XI. PLAINTES MOTIVÉES PAR UNE AUTRE SITUATION

81. L'article XXIII:1 c) du GATT de 1994 traite des plaintes découlant du fait "qu'il existe une autre situation", à savoir les plaintes "motivées par une autre situation".

82. On a fait observer qu'en vertu de l'article 26:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, la pratique habituelle consistant à adopter les rapports des groupes spéciaux sur la base

---

IP/C/M/65, paragraphe 203; IP/C/M/66, paragraphe 115; IP/C/M/66, paragraphe 116; IP/C/M/66, paragraphe 117; IP/C/M/66, paragraphe 120; IP/C/M/66, paragraphe 126; IP/C/M/69, paragraphe 98; IP/C/M/69, paragraphe 99; IP/C/M/69, paragraphe 106.

<sup>194</sup> IP/C/W/194, annexe, section intitulée "Fondement juridique de la position des États-Unis concernant l'expiration du Moratoire sur les affaires sans violation", page 7; IP/C/M/37/Add.1, paragraphe 286; IP/C/M/38, paragraphe 274; IP/C/M/39, paragraphe 183; IP/C/M/40, paragraphes 167 et 168; IP/C/M/40, paragraphes 170 à 173; IP/C/M/46, paragraphe 176; IP/C/M/46, paragraphe 180; IP/C/M/47, paragraphe 238; IP/C/M/48, paragraphe 197; IP/C/M/49, paragraphe 230; IP/C/M/61, paragraphe 143; IP/C/M/61, paragraphe 148; IP/C/M/63, paragraphe 110; IP/C/M/63, paragraphe 112; IP/C/M/64, paragraphe 312; IP/C/M/64, paragraphe 314; IP/C/M/65, paragraphe 200; IP/C/M/65, paragraphe 204; IP/C/M/66, paragraphe 124; IP/C/M/66, paragraphe 127; IP/C/M/67, paragraphe 270.

<sup>195</sup> IP/C/M/40, paragraphe 155; IP/C/M/40, paragraphe 157; IP/C/M/40, paragraphe 162; IP/C/M/40, paragraphe 163; IP/C/M/40, paragraphe 164; IP/C/M/40, paragraphe 168; IP/C/M/40, paragraphe 169; IP/C/M/47, paragraphe 234; IP/C/M/48, paragraphe 184; IP/C/M/49, paragraphe 229; IP/C/M/61, paragraphe 140.

<sup>196</sup> IP/C/M/69, paragraphe 98.

<sup>197</sup> IP/C/W/194, page 1, où il est fait valoir que toute décision de prolonger la période de non-application ne pouvait être prise "que par consensus"; IP/C/M/60, paragraphe 57, concernant la présentation de rapports sur les consultations informelles tenues; IP/C/M/61, paragraphe 148.

<sup>198</sup> IP/C/M/66, paragraphe 126; IP/C/M/69, paragraphe 96; IP/C/M/70, paragraphe 98.

d'un consensus négatif ne s'appliquait pas aux plaintes motivées par une autre situation. Au contraire, conformément à la décision du GATT de 1989 sur les "Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT" (L/6489), les rapports des groupes spéciaux sur les plaintes motivées par une autre situation doivent être adoptés sur la base d'un consensus "positif" (en d'autres termes, tous les Membres doivent avaliser un rapport avant qu'il ne puisse être adopté).<sup>199</sup>

83. On a indiqué que les plaintes "motivées par une autre situation" avaient pour but de donner à un Membre la possibilité "de demander une modification des engagements qu'il a pris si les mesures adoptées par d'autres créent des conditions dans lesquelles il ne peut plus respecter ces engagements" (E/CONF.2/C.6/W.19, page 1). On a fait valoir que, du point de vue de la politique, les plaintes "en situation de non-violation" et celles "motivées par une autre situation" soulevaient plusieurs questions identiques. La capacité des Membres d'introduire des mesures nouvelles et peut-être vitales concernant les questions sociales, le développement économique, la santé, l'environnement et la culture ne devrait pas être interprétée comme niant les avantages définis de façon ambiguë aux termes de l'Accord sur les ADPIC.<sup>200</sup>

84. On a fait observer que l'AGCS ne permettait pas de formuler une plainte motivée par une autre situation.<sup>201</sup>

85. On a fait valoir que, comme il n'y avait jamais eu de différend fondé sur une plainte motivée par une autre situation et que le fait de permettre que des allégations soient fondées sur une "quelconque situation" introduirait une grande incertitude dans l'Accord sur les ADPIC, aucun élément ne pouvait étayer l'incorporation de ce recours dans l'Accord sur les ADPIC.<sup>202</sup>

## **XII. ENTRAVE À LA RÉALISATION D'UN OBJECTIF**

86. Le texte introductif de l'article XXIII:1 du GATT de 1994 mentionne non seulement la possibilité de formuler une plainte alléguant qu'"un avantage [...] se trouve annulé ou compromis", mais aussi la possibilité de formuler une plainte alléguant que "la réalisation de l'un des objectifs [...] est compromise" du fait des circonstances énoncées respectivement aux paragraphes a) ("violation"), b) ("non-violation") ou c) ("autre situation").

87. On a suggéré que le Conseil examine la question de savoir comment déterminer si, et dans quelle mesure, la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord sur les ADPIC est entravée.<sup>203</sup>

88. On a fait observer que l'AGCS ne permettait pas de formuler une plainte pour cause d'entrave à la réalisation de l'un de ses objectifs.<sup>204</sup>

---

<sup>199</sup> IP/C/M/30, paragraphe 197.

<sup>200</sup> IP/C/W/249, section V, page 6.

<sup>201</sup> Article XXIII de l'AGCS, mentionné dans le document JOB(01)/43, page 3.

<sup>202</sup> IP/C/W/385, paragraphe 55.

<sup>203</sup> JOB(01)/43, page 3.

<sup>204</sup> Article XXIII de l'AGCS, mentionné dans le document JOB(01)/43, page 3.

**ANNEXE**

**DOCUMENTATION DU CONSEIL DES ADPIC SUR LES PLAINTES EN  
SITUATION DE NON-VIOLATION ET LES PLAINTES MOTIVÉES  
PAR UNE AUTRE SITUATION**

| Document présenté par   | Cote du document | Titre   | Date              |
|---|------------------|---|-------------------|
| Secrétariat   | IP/C/W/124       | Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC  | 28 janvier 1999   |
| Canada  | IP/C/W/127       | Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) – (aussi en annexe au document IP/C/W/249)    | 10 février 1999   |
| Cuba, République dominicaine, Égypte, Indonésie, Malaisie et Pakistan | IP/C/W/141       | Annulation ou réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC – Proposition   | 29 avril 1999     |
| États-Unis  | JOB(99)/4439     | Annulation ou réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC – Note informelle des États-Unis (aussi en annexe au document IP/C/W/194)                             | 26 juillet 1999   |
| Canada, République tchèque, CE, Hongrie et Turquie                    | IP/C/W/191       | Plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC – Points proposés pour l'examen de la portée et des modalités prévu à l'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC (aussi en annexe au document IP/C/W/249) | 22 juin 2000      |
| États-Unis  | IP/C/W/194       | Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC   | 17 juillet 2000   |
| Australie   | IP/C/W/212       | Plaintes en situation de non-violation  | 27 septembre 2000 |
| Corée   | JOB(00)/6166     | Note informelle. Plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC   | 9 octobre 2000    |
| Hongrie   | JOB(01)/43       | Note informelle de la Hongrie reproduisant son intervention orale à la réunion du 27 novembre 2000 - Plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC  | 28 mars 2001      |
| Canada  | IP/C/W/249       | Examen complémentaire de l'annulation ou de la réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC  | 29 mars 2001      |
| Président   | JOB(01)/70       | Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation. Communication du Président – Rubriques qui pourraient être utilisées pour organiser d'autres débats  | 11 mai 2001       |

|  |                  |   |                  |
|--|------------------|---|------------------|
| Président  | JOB(02)/66       | Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation: ordre du jour annoté                             | 21 juin 2002     |
| Argentine, Bolivie, Brésil, Colombie, Cuba, Équateur, Égypte, Inde, Kenya, Malaisie, Pakistan, Pérou, Sri Lanka et Venezuela | IP/C/W/385       | Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC | 30 octobre 2002  |
| Secrétariat  | IP/C/W/349       | Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation – Note récapitulative du Secrétariat              | 19 juin 2002     |
| Secrétariat  | IP/C/W/349/Rev.1 | Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation – Note récapitulative du Secrétariat              | 24 novembre 2004 |

**COMPTES RENDUS DES RÉUNIONS DU CONSEIL DES ADPIC AU COURS  
DESQUELLES LA QUESTION DES PLAINTES EN SITUATION DE  
NON-VIOLATION ET DES PLAINTES MOTIVÉES PAR UNE  
AUTRE SITUATION A ÉTÉ EXAMINÉE**

|                 |   |
|-----------------|---|
| IP/C/M/21       | Réunion tenue les 1 <sup>er</sup> et 2 décembre 1998                      |
| IP/C/M/22       | Réunion tenue le 17 février 1999  |
| IP/C/M/23       | Réunion tenue les 21 et 22 avril 1999                                     |
| IP/C/M/24       | Réunion tenue les 7 et 8 juillet 1999                                     |
| IP/C/M/25       | Réunion tenue les 20 et 21 octobre 1999                                   |
| IP/C/M/26       | Réunion tenue le 21 mars 2000   |
| IP/C/M/27       | Réunion tenue du 26 au 29 juin 2000                                       |
| IP/C/M/28       | Réunion tenue les 21 et 22 septembre 2000                                 |
| IP/C/M/29       | Réunion tenue du 27 au 30 novembre et le 6 décembre 2000                  |
| IP/C/M/30       | Réunion tenue du 2 au 5 avril 2001  |
| IP/C/M/32       | Réunion tenue du 18 au 22 juin 2001                                       |
| IP/C/M/33       | Réunion tenue les 19 et 20 septembre 2001                                 |
| IP/C/M/34       | Réunion tenue les 27 et 28 novembre 2001                                  |
| IP/C/M/35       | Réunion tenue du 5 au 7 mars 2002   |
| IP/C/M/36/Add.1 | Réunion tenue du 25 au 27 juin 2002                                       |
| IP/C/M/37/Add.1 | Réunion tenue du 17 au 19 septembre 2002                                  |
| IP/C/M/38       | Réunion tenue du 25 au 27 novembre, le 29 novembre et le 20 décembre 2002 |
| IP/C/M/39       | Réunion tenue les 18 et 19 février 2003                                   |
| IP/C/M/40       | Réunion tenue les 4 et 5 juin 2003  |
| IP/C/M/45       | Réunion tenue le 21 septembre 2004  |
| IP/C/M/46       | Réunion tenue les 1 <sup>er</sup> et 2 décembre 2004                      |
| IP/C/M/47       | Réunion tenue les 8, 9 et 31 mars 2005                                    |
| IP/C/M/48       | Réunion tenue les 14 et 15 juin 2005                                      |
| IP/C/M/49       | Réunion tenue les 25, 26 et 28 octobre, 29 novembre et 6 décembre 2005    |
| IP/C/M/50       | Réunion tenue les 14 et 15 mars 2006                                      |
| IP/C/M/51       | Réunion tenue les 14 et 15 juin 2006                                      |
| IP/C/M/52       | Réunion tenue les 25 et 26 octobre 2006                                   |
| IP/C/M/53       | Réunion tenue le 13 février 2007  |
| IP/C/M/54       | Réunion tenue le 5 juin 2007  |
| IP/C/M/55       | Réunion tenue les 23 et 24 octobre 2007                                   |
| IP/C/M/56       | Réunion tenue le 13 mars 2008   |
| IP/C/M/57       | Réunion tenue le 17 juin 2008   |
| IP/C/M/58       | Réunion tenue le 28 octobre 2008  |
| IP/C/M/59       | Réunion tenue le 3 mars 2009  |
| IP/C/M/60       | Réunion tenue les 8 et 9 juin 2009  |
| IP/C/M/61       | Réunion tenue les 27 et 28 octobre et 6 novembre 2009                     |
| IP/C/M/62       | Réunion tenue les 2 et 3 mars 2010  |
| IP/C/M/63       | Réunion tenue les 8 et 9 juin 2010  |
| IP/C/M/64       | Réunion tenue les 26 et 27 octobre 2010                                   |
| IP/C/M/65       | Réunion tenue le 1 <sup>er</sup> mars 2011                                |
| IP/C/M/66       | Réunion tenue le 7 juin 2011  |
| IP/C/M/67       | Réunion tenue les 26 et 27 octobre et 17 novembre 2011                    |
| IP/C/M/69       | Réunion tenue les 28 et 29 février 2012                                   |
| IP/C/M/70       | Réunion tenue le 5 juin 2012  |

---