

**ANNEXE C**

**ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES**

<b>TABLE DES MATIÈRES</b>		<b>PAGE</b>
C-1	Résumé analytique de la communication de l'Argentine en tant que tierce partie	C-2
C-2	Résumé analytique de la communication de l'Australie en tant que tierce partie	C-8
C-3	Déclaration orale de l'Australie	C-14
C-4	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que tierce partie	C-15
C-5	Déclaration orale du Brésil	C-21
C-6	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que tierce partie	C-23
C-7	Déclaration orale du Canada	C-27
C-8	Résumé analytique de la communication des Communautés européennes en tant que tierce partie	C-31
C-9	Résumé analytique de la déclaration orale des Communautés européennes	C-34
C-10	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	C-37
C-11	Résumé analytique de la déclaration orale du Japon	C-42
C-12	Résumé analytique de la communication de la Corée en tant que tierce partie	C-48
C-13	Déclaration orale de la Corée	C-51
C-14	Communication du Mexique en tant que tierce partie	C-53
C-15	Déclaration orale du Mexique	C-56
C-16	Résumé analytique de la communication du Taipei chinois en tant que tierce partie	C-60
C-17	Déclaration orale du Taipei chinois	C-65
C-18	Déclaration orale de la Thaïlande	C-69

## ANNEXE C-1

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'ARGENTINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. L'Argentine a un intérêt systémique dans l'interprétation correcte des dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – Accord sur les ADPIC – sachant que l'article 3:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévoit que: "[l]es recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".

2. L'Argentine tient à exposer ses vues sur trois questions liées aux articles 61, 41:1, 59, 46 et 9:1 de l'Accord sur les ADPIC telles qu'elles sont interprétées et appliquées dans la présente affaire. Ce sont les questions suivantes:

- a) Les seuils régissant l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales.
- b) La mise hors circuit des marchandises confisquées qui portent atteinte à des droits de propriété intellectuelle au titre de l'Accord sur les ADPIC.
- c) Le refus allégué de protéger et de respecter le droit d'auteur et les droits connexes pour ce qui est des œuvres dont la publication ou la distribution n'ont pas été autorisées sur le territoire chinois.

#### II. ARGUMENTS JURIDIQUES

A. ALLÉGATIONS CONCERNANT LES SEUILS RÉGISSANT L'ENGAGEMENT DE PROCÉDURES ET L'APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES EN CHINE

##### 1. Les mesures de la Chine n'apparaissent pas incompatibles avec ses obligations au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

3. L'Argentine propose respectueusement une autre interprétation de l'article 61, suivant laquelle les mesures de la Chine n'apparaîtraient pas incompatibles avec les obligations lui incombant au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, il est bien établi – dans la jurisprudence de l'OMC également – que les règles fondamentales d'interprétation des traités sont l'article 31 "Règle générale d'interprétation" et l'article 32 "Moyens complémentaires d'interprétation" de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne, nous devons interpréter de bonne foi les dispositions suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Pour lire les termes d'un traité dans leur contexte il faut bien entendu lire le texte du traité dans son ensemble. On ne peut pas simplement s'attacher à un paragraphe, un article, une section, un chapitre ou une partie du traité. Autrement dit, pour établir le sens véritable de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, il nous faut lire tous les articles de l'Accord ainsi que son Préambule et ses Annexes.

4. En ce sens, l'Argentine dit que l'Accord sur les ADPIC non seulement impose des obligations ou des tâches aux Membres de l'OMC, mais qu'il leur confère également un important ensemble de droits.

5. L'Accord sur les ADPIC est souvent libellé en termes généraux. Les Membres ne sont pas tenus par une série rigide de règles pour mettre en œuvre les dispositions de l'Accord. Au contraire, ils ont le droit d'utiliser la flexibilité inhérente à l'Accord, mais ils ont aussi l'obligation de satisfaire à ses prescriptions minimales.

6. Par exemple, l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres à donner effet aux dispositions de l'Accord. Il dispose également que les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques.

7. Autrement dit, l'article 1:1 ménage aux Membres la flexibilité de mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC de la manière qu'ils ont eux-mêmes choisie, à condition de satisfaire à ses dispositions spécifiques. Pour mettre en œuvre le droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux, les Membres ont la possibilité de choisir entre différentes approches.

8. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres à prévoir des sanctions pénales pour les actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale, qui peuvent inclure l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et qui sont en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. Par conséquent, n'importe quel Membre de l'Organisation mondiale du commerce, y compris la Chine, jouit du pouvoir discrétionnaire de suivre ses propres coutumes pour ce qui est des mesures de répression.

9. Deuxièmement, comme les règles de l'Accord sur les ADPIC relatives au respect des DPI sont uniques en leur genre dans le contexte multilatéral, il n'y a guère d'expérience internationale en la matière. Les particularités des systèmes juridiques dans le monde en ce qui concerne les procédures civiles sont assez différentes et découlent de diverses coutumes culturelles et juridiques. En ce sens, il ne faudrait pas s'attendre à ce que les méthodes de mise en œuvre des dispositions destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle soient uniformes. Autrement dit, il est manifestement permis à la Chine d'envisager les dispositions relatives aux procédures civiles d'une manière compatible avec ses propres coutumes juridiques, et de mettre en œuvre les dispositions destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle d'une manière compatible avec son cadre constitutionnel et réglementaire existant.

10. Troisièmement, en ce qui concerne les coutumes juridiques, il est utile de rappeler que le droit pénal relève exclusivement de la juridiction souveraine des États. C'est la raison pour laquelle les gouvernements ne sont qu'exceptionnellement tenus de contracter des engagements internationaux dans ce domaine et ces engagements exceptionnels représentent des obligations générales qui leur permettent d'user de leur pouvoir discrétionnaire pour la mise en œuvre.

## **2. Les mesures de la Chine n'apparaissent pas incompatibles avec ses obligations au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC**

11. L'Argentine propose respectueusement une autre interprétation de l'article 41:1, suivant laquelle les mesures de la Chine n'apparaîtraient pas incompatibles avec les obligations lui incombant au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Là encore, pour établir le sens véritable de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC, il nous faut lire tous les articles de l'Accord ainsi que son Préambule et ses Annexes.

12. En particulier, il nous prêter attention à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC qui oblige les Membres à donner effet aux dispositions de l'Accord et qui dispose en outre que les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques.

13. En fait, l'article 1:1 ménage aux Membres la flexibilité de mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC de la manière qu'ils ont eux-mêmes choisie, à condition de satisfaire à ses dispositions spécifiques. Pour mettre en œuvre le droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux, les Membres ont la possibilité de choisir entre différentes approches.

14. De plus, conformément à l'article 41:2 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus de faire en sorte que les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle soient loyales et équitables.

15. Enfin, l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC établit ce qui suit: "Il est entendu que la présente partie ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général, ni n'affecte la capacité des Membres de faire respecter leur législation en général. Aucune disposition de la présente partie ne crée d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général."

16. Concernant ce point particulier, l'Argentine tient à souligner le caractère relatif de l'obligation énoncée à l'article 41:1. En fait, cette obligation n'est pas une obligation absolue. Pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, les Membres n'ont pas l'obligation de négliger le respect de leur législation en général. Ce point est particulièrement important pour l'Argentine, et pour d'autres pays qui, parfois, disposent de ressources limitées pour faire respecter la loi en général. Pendant les négociations de l'Accord sur les ADPIC et alors que nous prévoyions que des exigences comme celles formulées par les États-Unis verraient le jour, nous avons insisté pour que cette limitation particulière soit incorporée dans l'article 41:5.

17. Pendant les négociations de l'Accord sur les ADPIC, les pays en développement ont dit qu'ils ne pourraient pas accepter de grever les ressources limitées qu'ils affectaient au respect de la loi. L'Argentine et d'autres pays ont soutenu que les moyens de faire respecter les droits comprennent les voies de recours administratives et civiles et, le cas échéant, des sanctions pénales, et qu'ils **seraient à la mesure de leurs ressources et capacités administratives.**<sup>1</sup>

B. ALLÉGATIONS CONCERNANT LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES QUI PORTENT ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

**1. Le don par les autorités douanières des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle à des organismes d'aide sociale n'apparaît pas incompatible avec les obligations de la Chine au titre des articles 59 et 46 de l'Accord sur les ADPIC**

18. La deuxième série d'allégations formulées par les États-Unis concerne la façon dont les autorités douanières chinoises doivent disposer des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle qui sont saisies à la frontière.

19. Concernant cette question, l'Argentine tient à ce que soit établie une interprétation correcte de l'article 59. Comme il est mentionné dans la présente communication, cette interprétation devrait s'appuyer, non seulement sur l'analyse dudit article en soi, mais également sur une compréhension globale de l'Accord sur les ADPIC et de son contexte.

---

<sup>1</sup> Communication présentée par l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Chine, la Colombie, Cuba, l'Égypte, l'Inde, le Nigéria, le Pérou, la Tanzanie et l'Uruguay, Groupe de négociation sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon, MTN.GNG/NG11/W/71, distribuée le 14 mai 1990, page 13.

20. L'Argentine estime que l'interprétation des dispositions susmentionnées que privilégient les États-Unis offre deux options tout aussi viables aux agents des douanes: ce sont les options de la "mise hors circuit" et de la "destruction".<sup>2</sup>

21. Cela dit, il convient de souligner que même s'il fait état de la première option mentionnée ci-dessus (la possibilité d'écarter des circuits commerciaux [les marchandises contrefaites] de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit), l'article 46 accorde aux autorités douanières des Membres une latitude considérable pour déterminer quel moyen est le plus approprié dans chaque cas.

22. Cependant, malgré la latitude offerte par la première option envisagée à l'article 46, ce dernier exige nécessairement que deux conditions soient remplies pour être pleinement appliqué. D'abord, les marchandises qui portent atteinte à des droits de propriété intellectuelle doivent être "... écartées des circuits commerciaux" et, ensuite, la mise hors circuit des marchandises contrefaites doit s'effectuer "... de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit".

23. Par ailleurs, comme il est indiqué aux paragraphes précédents, l'Argentine estime qu'on ne saurait comprendre isolément les articles analysés dans le détail. Le critère approprié doit prendre en considération ces articles en même temps que les autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC; en particulier, le considérant c) du Préambule de l'Accord, l'article 1:1 (dans la Partie I, "Nature et portée des obligations"), l'article 8:1 (dans la Partie I, "Principes") et l'article 41:5 (dans la Partie III, section 1, "Obligations générales").

24. En conséquence, il faut souligner que l'Accord sur les ADPIC considère comme un objectif essentiel, non seulement le renforcement des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, mais également la réalisation d'autres fins, telles que la nécessité de relever les niveaux de vie des Membres, en particulier les moins développés d'entre eux, en prêtant une attention spéciale à leurs préoccupations en matière de santé publique et de nutrition. Dans le même ordre d'idées, il est jugé essentiel de prendre en compte les différences entre les systèmes juridiques nationaux; le fait que les Membres ne sont pas obligés d'adopter des mesures spécifiques pour faire respecter les droits; ainsi que le fait qu'ils ne sont pas tenus d'accorder une protection plus large que ne le prévoit l'Accord.

25. Cela dit, l'Argentine entend approfondir l'une des solutions possibles découlant de l'application des articles 59 et 46, à savoir le don par les autorités douanières des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale.

26. Dans le cas en question (le "don"), la première [1] prescription de l'article 46 ("la mise à l'écart des circuits commerciaux") serait satisfaite, car le don de la marchandise contrefaite signifie en soi sa mise à l'écart des circuits commerciaux. Par ailleurs, il appartiendrait aux autorités douanières de déterminer dans chaque cas comment serait satisfaite la deuxième [2] prescription énoncée dans cette disposition ("le fait d'éviter de causer un préjudice au détenteur du droit").

27. Par exemple, dans un cas particulier, les autorités douanières devraient nécessairement déterminer si les marchandises sont adaptées pour l'aide sociale et se prononcer aussi sur leur qualité (les marchandises qui présentent un risque pour la santé ou la sécurité devraient être rejetées). Après avoir fait une telle détermination, les agents des douanes devraient exercer avec diligence leur pouvoir de surveillance en s'assurant que les marchandises données ont été utilisées par des organismes d'aide sociale et à des fins d'aide sociale.<sup>3</sup> Compte tenu de cette surveillance, il ne serait pas fondé d'avancer, ainsi que l'ont fait les États-Unis, l'existence d'un préjudice hypothétique causé à la

---

<sup>2</sup> Première communication des États-Unis, paragraphe 177.

<sup>3</sup> Première communication de la Chine, paragraphe 160.

réputation du détenteur du droit, puisque les marchandises "de mauvaise qualité", "défectueuses" ou "dangereuses" ne seraient pas données à des organismes d'aide sociale.<sup>4</sup>

28. Par ailleurs, selon l'Argentine, l'affirmation des États-Unis selon laquelle "il apparaît que rien n'empêche les organismes d'aide sociale de vendre les marchandises contrefaites qu'ils reçoivent [...], et par conséquent de les réintroduire dans les circuits commerciaux" est totalement dénuée de fondement. Comme il est question d'organismes d'aide sociale, qui, par définition, ne se livrent pas à une activité lucrative, il serait tout à fait erroné de soutenir une telle affirmation.

29. Enfin, tout en analysant la viabilité de cette mesure, les États-Unis prétendent qu'une seule formulation serait satisfaisante: "[...] [s]i le don en faveur d'œuvres caritatives est possible et que le détenteur du droit y consent [...]".<sup>5</sup> Tout comme le soutient la Chine, l'Argentine croit que "[...] cette affirmation élargit considérablement la portée de l'obligation énoncée dans l'Accord sur les ADPIC d'éviter de causer un préjudice au détenteur du droit [...]".<sup>6</sup>

C. ALLÉGATIONS CONCERNANT LE REFUS DE PROTÉGER ET DE FAIRE RESPECTER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES POUR CE QUI EST DES ŒUVRES DONT LA PUBLICATION N'A PAS ÉTÉ AUTORISÉE SUR LE TERRITOIRE CHINOIS

**1. Les mesures de la Chine pourraient être incompatibles avec ses obligations au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**

30. Selon l'Argentine, le texte de l'article 4 établit un lien entre l'interdiction de la publication ou distribution et la protection accordée par la Loi chinoise sur le droit d'auteur.

31. Le texte de l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur est sans ambiguïté et suscite des doutes quant à sa compatibilité avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Il est probable que l'article 4 pourrait devoir être reformulé afin d'éviter, dans certains cas, qu'il ne soit interprété comme une restriction déguisée au commerce international.

32. En fait, les dispositions de fond de l'Accord sur les ADPIC relatives au droit d'auteur incorporent des dispositions de la Convention de Berne – les articles 1<sup>er</sup> à 21 de la Convention et son annexe. Et la Chine et les États-Unis sont membres de la Convention de Berne.

33. La Convention de Berne repose sur trois principes fondamentaux. Premièrement, il y a le principe du traitement national. Deuxièmement, il y a le principe de la protection automatique. Troisièmement, il y a l'indépendance de la protection.

34. Le principe du traitement national est énoncé à l'article 5(1) de la Convention de Berne:

"(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention."

35. À cause du deuxième principe, celui de la protection automatique, le traitement national n'est subordonné à aucune formalité. L'article 5(2) de la Convention de Berne est sans ambiguïté: la protection est accordée automatiquement et n'est pas subordonnée aux formalités d'enregistrement, de dépôt, d'autorisation ou autres formalités. La partie pertinente de l'article 5(2) dit ce qui suit:

---

<sup>4</sup> Première communication des États-Unis, paragraphe 186.

<sup>5</sup> Première communication des États-Unis, paragraphe 185.

<sup>6</sup> Première communication des États-Unis, paragraphe 185.

"(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ..."

36. Malgré cela, la première phrase de l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur dispose ce qui suit:

"[I]es œuvres dont la publication ou la diffusion est illégale ne sont pas protégées par la présente loi".

37. Il apparaît donc que cet article refuse d'accorder aux œuvres qui sont interdites ou qui ne sont pas autorisées la protection prévue aux articles 10, 46 et 47 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur. Il convient de rappeler que l'article 10 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur renferme les droits énoncés par la Convention de Berne, et que les articles 46 et 47 imposent la responsabilité civile, administrative et pénale pour la violation du droit d'auteur.

38. L'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur exclut donc de la protection conférée par le droit d'auteur les œuvres dont la publication ou la distribution est illégale.

39. Toujours est-il que cela ne signifie pas que la Chine n'a pas le droit, au titre de l'Accord sur les ADPIC ou de la Convention de Berne, d'interdire la publication ou la distribution de certains types d'œuvres. En fait, l'article 17 de la Convention de Berne envisage une telle possibilité.

### **III. CONCLUSION**

40. L'Argentine espère que les observations précédentes seront utiles aux délibérations du Groupe spécial et elle se réserve le droit de formuler d'autres observations à l'audience.

## ANNEXE C-2

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'AUSTRALIE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. La présente communication traite de certaines questions qui sont pertinentes pour l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC en cause. Elle s'attache aux points suivants:

- le sens des termes "pénal", "délibéré", "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce", "piratage portant atteinte à un droit d'auteur", "échelle commerciale" et "suffisantes pour être dissuasives" figurant à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, et le caractère des obligations créées par ledit article;
- le sens de l'expression "circuits commerciaux" figurant à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, et sa relation avec l'article 59 dudit accord; et
- le sens de l'expression "aucune formalité" figurant à l'article 5(2) de la Convention de Berne.

2. L'Australie réserve sa position concernant toute question dont elle n'aura pas traité dans la présente communication.

#### II. ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

3. L'article 61 prescrit 1) qu'un Membre de l'OMC "prévoir[a] des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale", et 2) que les "sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives ...". Pour comprendre le caractère des obligations que vise à créer l'article 61, nous examinons d'abord le sens des termes "pénal", "délibéré", "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce", "piratage portant atteinte à un droit d'auteur", "échelle commerciale" et "suffisantes pour être dissuasives".

4. L'Australie estime que l'expression "procédures pénales" désigne des procédures engagées par l'État ou en son nom<sup>1</sup> pour sanctionner des atteintes au bien-être commun. Compte tenu de la gravité de l'atteinte, ces procédures peuvent entraîner des sanctions prenant la forme d'un emprisonnement et/ou d'une amende, encore que d'autres formes de sanctions puissent être prévues dans certaines circonstances.

5. Considéré dans son contexte, le terme "délibéré" établit que toute action intentionnelle qui se traduit par la contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce ou un piratage portant atteinte à un droit d'auteur peut entrer dans le champ d'application de l'article 61.

6. Bien que l'expression "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" ne soit pas définie dans l'Accord sur les ADPIC, son sens peut être déterminé au regard des éléments suivants:

---

<sup>1</sup> L'Australie note que, dans certains pays Membres de l'OMC, des procédures pénales peuvent être engagées par "l'État" ou en son nom au niveau infranational.



- la nature d'une marque de fabrique ou de commerce conformément à l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC;
- le droit qui doit être conféré au titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée conformément à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;
- le sens ordinaire du mot "contrefaire", qui est le verbe pertinent, considéré dans son contexte; et
- le sens de l'expression "marchandises de marque contrefaites" figurant dans la note de bas de page 14 a) de l'Accord sur les ADPIC.

7. Selon l'Australie, l'expression "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" doit s'entendre de l'utilisation non autorisée au cours d'opérations commerciales d'un signe, ou d'une combinaison de signes, qui est identique à une marque de fabrique ou de commerce enregistrée ou qui ne peut pas être distinguée dans ses aspects essentiels d'une telle marque lorsque le signe s'applique à des produits ou services pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est dûment enregistrée.

8. L'expression "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" n'est pas définie dans l'Accord sur les ADPIC, mais il est possible d'en déterminer le sens au regard des éléments suivants:

- les droits devant être conférés à des œuvres littéraires et artistiques conformément à la Convention de Berne telle qu'elle est incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC;
- les droits devant être conférés aux programmes d'ordinateur et compilations de données conformément à l'article 10 de l'Accord sur les ADPIC;
- les droits de location devant être conférés au moins en ce qui concerne les programmes d'ordinateur et les œuvres cinématographiques conformément à l'article 11 de l'Accord sur les ADPIC;
- les droits des artistes interprètes ou exécutants sur leurs exécutions conformément à l'article 14:1 de l'Accord sur les ADPIC, des producteurs de phonogrammes sur leurs phonogrammes conformément à l'article 14:2 de l'Accord sur les ADPIC et des organismes de radiodiffusion sur leurs émissions conformément à l'article 14:3 de l'Accord sur les ADPIC (les "droits connexes");
- le sens ordinaire du mot "piratage" considéré dans son contexte; et
- le sens de l'expression "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" figurant dans la note de bas de page 14 b) de l'Accord sur les ADPIC.

9. Selon l'Australie, le "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" s'applique à tout droit d'auteur ou droit connexe. Le piratage portant atteinte à un droit d'auteur comprend au moins la reproduction et/ou distribution non autorisées de copies de l'élément pour lequel il existe un droit d'auteur ou un droit connexe.

10. L'article 61 s'applique aux actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une "échelle commerciale". De tout temps, l'expression "échelle commerciale" dans le contexte de la contrefaçon ou du piratage a

été entendue comme signifiant généralement un niveau d'activité impliquant de multiples copies de signes ou éléments protégés, aux fins d'obtenir une rétribution financière. Cependant, l'avènement de la technologie numérique a facilité la copie et la distribution non autorisées de signes et éléments protégés, ce qui a conduit à l'apparition de différents types d'activités de contrefaçon:

- activités menées aux fins d'obtenir une rétribution financière, comme dans le cas où de multiples copies contrefaites ou pirates sont fabriquées et vendues dans le but de faire du profit;
- activités menées aux fins d'obtenir un avantage commercial, comme dans le cas où une entreprise outrepassé les conditions attachées à son permis d'utilisation d'un logiciel pour ce qui est du nombre de copies ou du nombre d'employés qui y ont accès; et
- activités qui ont pour effet de causer un préjudice important au titulaire du droit d'auteur, par exemple, lorsque le matériel numérique protégé par un droit d'auteur est téléchargé, puis partagé à l'aide d'une technologie de partage de fichiers poste-à-poste.

11. Il n'existe pas de définition formelle de l'expression "échelle commerciale" dans les dictionnaires. Cela dit, l'Australie fait observer que le sens ordinaire du mot "commercial" englobe des aspects *qui caractérisent* une activité commerciale menée dans le but d'obtenir une rétribution financière. L'Australie note également que le sens ordinaire du mot "échelle" dans son contexte englobe la notion d'évaluation comparative.

12. Selon l'Australie, le sens ordinaire de chacun des mots "commercial" et "échelle" exige que le sens de l'expression "échelle commerciale" soit entendue dans son contexte comme englobant tout acte ou série d'actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui nuisent à la rétribution financière que peut obtenir le détenteur d'un droit sur le territoire d'un Membre.<sup>2</sup> Le sens ordinaire des mots "échelle commerciale" considérés dans leur contexte soit individuellement soit ensemble:

- ne limite pas implicitement les indicateurs qui pourraient être utilisés pour déterminer si l'activité portant atteinte à un droit est menée à une échelle commerciale; ou
- ne nécessite pas qu'une personne qui mène une activité portant atteinte à un droit tire des bénéfices de cette activité ou en tire des bénéfices d'une ampleur particulière; ou
- n'exige pas que soient commis de multiples actes portant atteinte à un droit.

13. De plus, étant donné les différents types d'activités portant atteinte à un droit mentionnés ci-dessus, l'Australie est d'avis que la question de savoir si des actes délibérés de contrefaçon ou de piratage sont commis "à une échelle commerciale" ne peut être déterminée qu'au cas par cas au cours d'une procédure pénale qui peut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris de l'incidence possible des technologies numériques.

---

<sup>2</sup> À cet égard, l'Australie souscrit à la déclaration selon laquelle "... le concept d'"échelle commerciale" s'applique tant à ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser des "bénéfices" sur le marché et qui, par définition, opèrent donc à une échelle commerciale qu'à ceux dont les actions, indépendamment de leur motif ou de leur objectif, sont d'une ampleur ou d'une importance suffisante pour être considérées comme étant menées "à une échelle commerciale" sur le marché en question". (Première communication des États-Unis, paragraphe 110)

14. L'Australie considère que, dans son contexte, l'expression "suffisantes pour être dissuasives" signifie appropriées pour dissuader activement d'autres personnes d'agir (d'une façon particulière) à cause des conséquences susceptibles d'en résulter.

15. Ayant considéré dans leur contexte le sens de certains des termes et expressions figurant à l'article 61, nous abordons maintenant le caractère des obligations créées par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

16. L'article 61 impose des obligations spéciales à un Membre qui engage des actions pour assurer le respect des droits en cas d'"actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Il oblige le Membre à rendre les actes intentionnels de contrefaçon ou de piratage qui nuisent sensiblement aux intérêts financiers du détenteur du droit dans un signe ou élément protégé passibles de procédures et sanctions pénales sur son territoire.<sup>3</sup>

17. L'article 61 oblige un Membre à inclure l'emprisonnement et/ou des amendes parmi les sanctions possibles qui pourraient s'appliquer par suite d'une procédure pénale pour des "actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Il exige aussi d'un Membre qu'il s'assure que la durée de l'emprisonnement et/ou le montant des amendes applicables sont appropriés pour constituer un moyen de dissuasion contre des activités ultérieures similaires. L'article 61 contient une autre prescription, à savoir que les sanctions imposées doivent être en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante.

18. L'article 61 crée une obligation de résultat, c'est-à-dire qu'un Membre doit prévoir des peines qui sont suffisantes pour décourager activement d'autres personnes de commettre des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur à une échelle commerciale. De plus, un Membre doit activement poursuivre et sanctionner de tels actes, sinon l'efficacité des sanctions possibles en tant que moyen de dissuasion diminuera. La question de savoir si les sanctions prévues sont "suffisantes pour être dissuasives" au sens de l'obligation incombant à un Membre au titre de l'article 61 doit être déterminée par le Membre au regard des conditions qui existent sur son territoire. Cela dit, un autre Membre a la faculté de contester au titre des dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives au règlement des différends le caractère approprié des sanctions prévues par un Membre pour obtenir l'effet dissuasif exigé par l'article 61.

### **III. LES "CIRCUITS COMMERCIAUX" ET L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

19. L'article 59 dispose qu'en ce qui concerne le mouvement transfrontières des marchandises, les autorités compétentes doivent être "habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46" de l'Accord sur les ADPIC. Selon l'Australie, les "principes énoncés à l'article 46" comprennent le fait que les marchandises contrefaites doivent être écartées "des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit".

20. Le sens ordinaire de chacun des mots "circuit" et "commercial" est suffisamment large pour que l'expression "circuits commerciaux" désigne dans son contexte toute activité relative à la fourniture ou au transfert de marchandises qui est menée dans le but d'obtenir une rétribution

---

<sup>3</sup> L'Australie fait observer que les Membres peuvent prévoir une norme de protection plus élevée applicable aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle conformément à la dernière phrase de l'article 61 et/ou de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC.

financière. De telles activités peuvent être liées à n'importe lequel des aspects de la chaîne d'approvisionnement, depuis la fabrication jusqu'au point de vente. L'Australie fait observer que l'expression "circuits commerciaux" peut comprendre Internet, par exemple, pour la distribution de produits numériques et de produits physiques.

21. L'Australie relève que la première phrase de l'article 44 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les autorités judiciaires d'un Membre sont habilitées à "... empêcher l'introduction dans *les circuits commerciaux* relevant de leur compétence de marchandises importées qui impliquent une atteinte au droit de propriété intellectuelle, *immédiatement après le dédouanement* de ces marchandises". Selon l'Australie, cette obligation établit qu'il faut au moins considérer que les limites des "circuits commerciaux" en ce qui concerne le territoire d'un Membre commencent "immédiatement après le dédouanement".

22. Le fait que le sens de l'expression "circuits commerciaux" s'entende de toute activité relative à la fourniture ou au transfert de marchandises qui est menée sur le territoire d'un Membre dans le but d'obtenir une rétribution financière est compatible avec la dernière phrase de l'article 46, qui concerne les obligations d'un Membre pour ce qui est des activités portant atteinte à des droits qui sont menées sur son territoire. Le simple fait de retirer une marque de fabrique ou de commerce contrefaite est rarement suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans "les circuits commerciaux", ce qui confirme la portée du sens à donner à cette expression. Ces marchandises peuvent toujours causer un préjudice au détenteur du droit sur le territoire d'un Membre, par exemple, de par leur effet de saturation du marché et de baisse de la demande pour l'article authentique.

23. Par ailleurs, l'Australie estime que la dernière phrase de l'article 59 étaye son point de vue concernant le sens de l'expression "circuits commerciaux" figurant à l'article 46. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, un Membre a l'obligation de ne pas permettre la réexportation en l'état des marchandises contrefaites, mais il ne lui est pas interdit, par exemple, de permettre la réexportation des marchandises contrefaites desquelles a été retiré un signe de contrefaçon. Le fait que les obligations d'un Membre pour ce qui est du traitement des marchandises en cause sont différentes selon que les autorités disposent des marchandises contrefaites sur le territoire du Membre ou à la frontière signifie que les marchandises réexportées ne sont pas introduites dans les "circuits commerciaux" sur le territoire de ce Membre.

24. Eu égard aux principes énoncés à l'article 46, l'article 59 dispose que les autorités douanières d'un Membre ou ses autres autorités compétentes chargées des mesures à la frontière sont habilitées à ordonner la destruction des marchandises contrefaites ou la mise hors circuit de ces marchandises de manière à éviter qu'un préjudice ne soit causé au détenteur du droit dans "les circuits commerciaux".

25. L'article 59 exige, en effet, que les autorités compétentes d'un Membre puissent ordonner que les marchandises contrefaites soient détruites ou mises hors circuit de manière qu'elles ne soient pas introduites dans les "circuits commerciaux" sur le territoire de ce Membre. Ces moyens de mise hors circuit pourraient comprendre le recyclage ou le don des marchandises à un organisme caritatif situé sur le territoire du Membre, à condition que les marchandises contrefaites ne soient pas susceptibles par la suite d'être introduites dans "les circuits commerciaux".

#### **IV. LE SENS DE L'EXPRESSION "AUCUNE FORMALITÉ" FIGURANT À L'ARTICLE 5(2) DE LA CONVENTION DE BERNE**

26. Aux termes de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC sont tenus de se conformer à l'article 5(2) de la Convention de Berne. La partie pertinente de l'article 5(2) dispose que "[l]a jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; ...".

27. L'article 5(2) interdit que la jouissance et l'exercice des droits conférés par une œuvre protégée soient subordonnés à une procédure juridique ou administrative préalable, telle que l'enregistrement de l'œuvre ou l'approbation de son contenu. L'Australie relève, toutefois, que l'article 17 de la Convention de Berne réserve expressément à un Membre le droit de permettre, de surveiller ou d'interdire la circulation, la représentation ou l'exposition d'une œuvre ou production.

### ANNEXE C-3

#### DÉCLARATION ORALE DE L'AUSTRALIE

1. Je vous remercie d'offrir à l'Australie cette autre occasion d'exposer ses vues sur les questions soulevées par le présent différend.
2. Pour la première fois le présent Groupe spécial devra clarifier plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives au respect des droits de propriété intellectuelle conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, ainsi que le prescrit l'article 3:2 du Mémoire d'accord. À ce propos, l'Australie tient à indiquer que l'Organe d'appel a déjà observé ce qui suit:

"... Il faut s'assurer du sens ordinaire d'un terme conventionnel d'après les circonstances propres à chaque cas. Il importe que le sens ordinaire d'un terme conventionnel soit considéré au regard de l'intention des parties "telle qu'elle s'exprime dans les termes qu'elles ont utilisés à la lumière des circonstances".<sup>1</sup>
3. Dans sa communication écrite, l'Australie a présenté ses vues sur la façon dont certains des termes figurant dans les dispositions en cause devaient être correctement interprétés.
4. En particulier, l'Australie a fait observer que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC établit de plus lourdes obligations en ce qui concerne "les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". L'Australie ne considère pas que la portée des obligations incombant à un Membre en ce qui concerne de telles activités soit limitée ou par ailleurs affaiblie par les articles 1:1 ou 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Ces dispositions traitent des droits d'un Membre en ce qui concerne la méthode de mise en œuvre des obligations lui incombant au titre de l'Accord sur les ADPIC, mais elles n'affectent pas le caractère de ses obligations au titre de l'article 61, ou en fait de toute autre disposition.
5. L'Australie serait bien entendu heureuse de répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait vouloir lui poser.

---

<sup>1</sup> CE – *Morceaux de poulet*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, paragraphe 175.

## ANNEXE C-4

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. Le Brésil formulera ses observations dans le présent différend au regard des intérêts systémiques qu'il a dans les questions soulevées par les parties et les constatations qu'élaborera le Groupe spécial. Comme il s'agit du premier différend portant sur la Partie III de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC"), les conclusions du présent Groupe spécial pourraient avoir une incidence considérable sur l'équilibre des droits et obligations inhérents à l'Accord sur les ADPIC. Le Brésil est d'avis que rien dans le présent différend ne devrait modifier l'équilibre soigneusement négocié de l'Accord sur les ADPIC ni étendre son champ d'application actuel.

#### II. ARGUMENTS

##### A. CONSIDÉRATIONS SUR LES FLEXIBILITÉS MÉNAGÉES PAR L'ACCORD SUR LES ADPIC

2. Dans leur première communication écrite, les États-Unis choisissent une approche sélective des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui semble ne pas tenir compte des dispositions fondamentales, telles que les articles 1:1, 7, 8 et 41:5, et le Préambule même, qui définissent le cadre plus général au sein duquel l'Accord sur les ADPIC doit être mis en œuvre.

3. En outre, en recourant au mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC") dans la présente affaire, les États-Unis cherchent apparemment à élargir la portée de certains termes et dispositions conventionnels, en donnant à entendre que le Groupe spécial devrait adopter des interprétations élargies du traité, qui déborderaient de son champ d'application réel et empièteraient sur la marge de manœuvre dont disposent les Membres pour en régir des aspects particuliers dans leurs législations nationales. D'un point de vue systémique, cette approche soulève plusieurs préoccupations, en particulier pour les pays en développement.

4. Les interprétations et les seuils que les États-Unis demandent au Groupe spécial de suivre semblent avoir pour but de modifier le champ d'application de l'Accord sur les ADPIC, pour en éliminer les flexibilités que les Membres avaient intentionnellement décidé d'incorporer dans l'Accord sur les ADPIC et qui font partie intégrante du processus de négociation et des résultats convenus de l'engagement unique du Cycle d'Uruguay. Selon le Brésil, le Groupe spécial a pour rôle de *clarifier* les dispositions existantes, ainsi que les limite et le prescrit l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends ("Mémoire d'accord"), et non d'outrepasser ce rôle pour ajouter et établir des paramètres que ne prévoit pas intentionnellement l'Accord sur les ADPIC parce qu'ils ont justement été laissés à la discrétion des Membres pour être définis dans les législations nationales à la lumière des spécificités propres à chaque Membre.

5. Si l'Accord sur les ADPIC ne règle pas certaines questions ni ne définit plus en détail des termes spécifiques, c'est parce que c'était l'intention des Membres. Du point de vue du Brésil, s'il fallait se ranger à certains arguments des États-Unis, il en résulterait un accroissement des obligations actuelles des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial ne devrait pas céder à des arguments qui reposent sur des extrapolations ou des interprétations élargies du texte négocié de l'Accord sur les ADPIC et il devrait faire son possible pour préserver l'intégrité de l'ensemble de l'Accord, y compris son équilibre de droits et obligations et les flexibilités qui y sont incorporées.

6. Le principe fondamental et primordial qui transparaît d'un bout à l'autre de l'Accord sur les ADPIC est celui énoncé à l'article 1:1, en vertu duquel les Membres i) n'ont pas l'obligation de mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit l'Accord sur les ADPIC et ii) sont libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. Dans la même veine, l'article 41:5 établit aussi qu'au titre de la Partie III il n'y a aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général.

7. Le concept de "moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle" figurant dans l'Accord sur les ADPIC doit – dans une mesure considérable – s'entendre du fait de donner accès, par exemple, à des procédures "loyales et équitables"<sup>1</sup>, qui relèvent entièrement des législations nationales des Membres. En conséquence, le Brésil estime que le Groupe spécial devrait avoir pour tâche d'analyser le respect par la Chine des normes minimales incorporées dans l'Accord sur les ADPIC tout en s'abstenant d'appliquer les dispositions de l'Accord sans tenir dûment compte de ses contexte, objet et but généraux, et de ses flexibilités générales. Il convient de ne pas perdre de vue ces éléments essentiels, parce que l'Accord sur les ADPIC lui-même reconnaît que la mise en œuvre du traité i) ne s'effectue pas dans le vide ou dans un espace juridique, économique ou social uniforme<sup>2</sup>, ce qui montre que la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC doit être adaptée aux spécificités des contextes nationaux, sous réserve uniquement du critère de la conformité avec les dispositions conventionnelles, et ii) repose sur les principes, règles, disciplines, exceptions, limitations et flexibilités de nature générale prévus par l'Accord. Cela est conforme au caractère territorial des droits de propriété intellectuelle et au droit souverain des États de légiférer et de faire appliquer la loi.

8. Par conséquent, pour analyser les mesures de la Chine au regard de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial ne devrait pas perdre de vue le fait que la Chine i) n'est pas tenue d'offrir une protection plus large que ne le prévoit l'Accord, ii) a le pouvoir discrétionnaire de choisir – au regard de ses systèmes et pratiques juridiques – la méthode appropriée de mise en œuvre des dispositions de l'Accord sur les ADPIC et iii) n'a pas l'obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général; ni d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général.

**B. L'ACCORD SUR LES ADPIC NE CONCERNE PAS UNIQUEMENT LA PROTECTION ET LE RESPECT DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

9. Dans leurs arguments, les États-Unis semblent soutenir que l'Accord sur les ADPIC concerne en entier (ou uniquement) la protection des droits de propriété intellectuelle. Cela est à moitié vrai.

10. Dans une perspective plus large, l'Accord sur les ADPIC ne traite pas exclusivement de la *protection* des droits de propriété intellectuelle. Il repose plutôt sur plusieurs équilibres, dont la protection des droits de propriété intellectuelle n'est qu'un des éléments. En fait, les dispositions relatives au développement, à la concurrence, au transfert de technologie, aux limitations et exceptions aux droits, et aux flexibilités, et un niveau soigneusement négocié de "laxisme juridique" dans des domaines où les Membres conservent leur marge de manœuvre en matière de formulation de la politique législative font également partie intégrante de l'Accord sur les ADPIC.

---

<sup>1</sup> Accord sur les ADPIC, articles 41:2 et 42.

<sup>2</sup> Accord sur les ADPIC, articles 7 et 8.



11. L'une des raisons de cette architecture est le caractère spécial des droits de propriété intellectuelle. En règle générale, la propriété intellectuelle est protégée par un large éventail de lois nationales, y compris des procédures civiles, administratives et pénales, où la législation nationale des Membres joue un rôle fondamental. C'est la raison pour laquelle, depuis le tout début des négociations, le Brésil était d'avis que les mesures de répression à prévoir au titre d'un nouvel accord devaient prendre la forme de principes généraux<sup>3</sup> et "dev[ai]ent tenir pleinement compte du caractère spécifique des droits de propriété intellectuelle qui, d'une part doivent être réglementés dans le cadre de la législation nationale. (...) Il y aurait lieu de poser en principe que les conditions géographiques, politiques, juridiques et économiques dans lesquelles s'inscrit la procédure visant à faire respecter les droits dans chaque pays doivent être prises en considération. Il faudrait en particulier reconnaître les difficultés que les pays en développement peuvent avoir à honorer leurs éventuelles obligations. Les engagements finaux éventuels ne devront pas alourdir à l'excès la tâche des organismes chargés de veiller au respect des droits de propriété intellectuelle dans ces pays".<sup>4</sup>

12. Du point de vue du Brésil, i) le mandat aux termes duquel l'Accord sur les ADPIC a été négocié, ii) la grande divergence des vues exprimées pendant les négociations quant à la teneur du nouvel accord et iii) la nécessité de reconnaître les spécificités des pays et de préserver le caractère singulier de la protection des droits de propriété intellectuelle ont permis de concevoir un instrument multilatéral qui peut être qualifié d'"accord-cadre".

13. C'est pour cela que l'Accord sur les ADPIC – en particulier la Partie III – renferme des dispositions qui ne sont pas toujours strictes ou normatives. Il comporte plutôt des flexibilités qui permettent aux Membres de mettre en œuvre l'Accord au niveau national au moyen de mesures discrétionnaires. Ce n'était donc pas sans intention que certains concepts – tels que "échelle commerciale", "piratage portant atteinte au droit d'auteur" et "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" – mentionnés dans l'Accord sur les ADPIC n'ont pas été définis. L'absence de telles définitions devrait être interprétée au regard des flexibilités ménagées par l'Accord sur les ADPIC. Comme il s'agit d'un instrument prévoyant des "normes minimales", l'Accord sur les ADPIC n'oblige pas un Membre à adopter des niveaux de protection plus élevés.

14. Autrement dit, le Brésil estime que les allégations formulées dans le présent différend et les dispositions sur lesquelles elles portent – à savoir les articles 9:1, 14, 41:1, 46, 59 et 61 – devraient être analysées au regard des principes et dispositions fondamentaux régissant l'Accord sur les ADPIC. Les obligations spécifiques mises en avant par les États-Unis sont subsumées dans l'équilibre global négocié par les Membres et dépendent des autres aspects des droits de propriété intellectuelle.

C. LES NORMES MINIMALES DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONCERNANT LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE

**1. La portée de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

15. Les États-Unis et la Chine ont tous deux mentionné deux éléments pertinents pour la définition de l'expression "échelle commerciale", à savoir la motivation de l'agent (élément subjectif) et la quantité ou la valeur des marchandises concernées (élément objectif).

16. Les États-Unis semblent avoir pour approche que si l'un ou l'autre des éléments est présent dans le contexte "d'actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur", le comportement de l'agent sera passible de procédures et

---

<sup>3</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 93, note de bas de page 97.

<sup>4</sup> Pièce CHN-53.

sanctions pénales. La Chine n'est pas d'accord et semble faire valoir que l'aspect subjectif, c'est-à-dire la motivation de l'agent, n'est pas pertinent.

17. Le Brésil voudrait proposer une troisième approche possible. Tout d'abord, il est utile de rappeler une fois de plus que l'Accord sur les ADPIC prévoit des normes minimales que les Membres doivent adopter pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Selon le Brésil, les éléments subjectif et objectif sont pertinents pour déterminer quel comportement l'Accord sur les ADPIC demande aux Membres de l'OMC de criminaliser. Le libellé de l'article 61 semble laisser peu de place à l'argument selon lequel la motivation de l'agent à elle seule doit suffire pour que son comportement soit considéré constituer des "actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, *commis à une échelle commerciale*". Par ailleurs, le mot "échelle" évoque nécessairement des notions telles que celles d'"ampleur" ou de "paramètre quantitatif". Il ne faudrait pas interpréter la disposition comme exigeant des Membres de l'OMC qu'ils criminalisent les activités portant atteinte à un droit qui sont menées pour faire du profit et qui impliquent la possession ou la vente d'*une quelconque* quantité de marchandises contrefaites ou piratées. Le texte et l'historique de la négociation de l'article 61 semblent tous deux indiquer que les activités portant atteinte à un droit dont l'ampleur n'est pas considérable qui sont menées pour faire du profit ne font pas partie de l'univers des comportements qui doivent être criminalisés aux termes de l'Accord sur les ADPIC.

18. Par ailleurs, l'expression "échelle commerciale" ne peut vraisemblablement pas être interprétée comme comprenant les activités non commerciales portant atteinte à un droit d'auteur ou à des marques de fabrique ou de commerce qui sont menées à une large échelle. Le Groupe spécial devrait éviter de retenir une interprétation de l'article 61 qui ne tiendrait pas compte du terme "commercial" et qui ne serait pas fidèle au texte de cette disposition. Le mot "commercial" ne peut pas être correctement interprété sans tenir dûment compte de la notion de profit. La recherche d'avantages financiers est au cœur de son sens et ne devrait pas être négligée.

19. En conclusion, le Brésil estime que l'article 61 établit une norme minimale à deux volets, qui doit prendre en compte les éléments subjectif et objectif. L'article 61 exige des Membres de l'OMC qu'ils prévoient des procédures et des sanctions pénales au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui sont motivés par la recherche du profit et qui impliquent des quantités importantes de marchandises contrefaites. Il ne serait pas justifié au regard du "principe de l'effet utile", selon lequel il faut donner sens et effet à tous les termes d'un traité, de ne pas tenir compte de l'un ou l'autre des mots "commercial" ou "échelle".<sup>5</sup>

## **2. Sanctions qui constituent un moyen de dissuasion**

20. Les États-Unis et la Chine semblent tous deux limiter le débat sur les sanctions au caractère approprié des seuils régissant l'engagement de poursuites pénales et l'emprisonnement. Or, le texte de l'article 61 lui-même indique clairement que l'emprisonnement n'est que l'une des sanctions qui doivent être prévues et il doit pouvoir constituer un moyen de dissuasion contre les comportements délictueux.

21. Comme la deuxième phrase de l'article 61 inclut les "amendes" parmi les sanctions destinées à réprimer les comportements que les Membres de l'OMC sont tenus de criminaliser, on pourrait faire valoir que la question importante en ce qui concerne les atteintes commises à petite échelle, quelle que

---

<sup>5</sup> Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 13, rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, WT/DS2/R, pages 25 et 26.

soit la définition formelle que le Membre donne des procédures en cause (pénales ou administratives), est celle de savoir si les sanctions possibles constituent ou non un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure.

22. Le Brésil estime que, suivant ce raisonnement, le Groupe spécial devrait incorporer à son analyse un examen du point de savoir, premièrement, si les amendes et les autres sanctions possibles prévues par le droit chinois pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur se situant en deçà des seuils permettent de décourager toute atteinte ultérieure et, deuxièmement, si les sanctions autres que l'emprisonnement prévues pour les actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur sont similaires à celles appliquées pour les infractions de gravité comparable.

23. L'objectif ultime de l'article 61, et de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, est de protéger les droits de propriété intellectuelle. Si la protection est assurée par des sanctions qui sont moins coûteuses et moins perturbatrices sur le plan social que l'emprisonnement, il ne serait pas logique d'exiger d'un Membre qu'il réexamine ses procédures et de considérer qu'il ne se conforme pas à ses obligations simplement parce que, selon son propre système juridique, certaines sanctions prescrites par l'OMC sont prévues au titre de dispositions qui sont au niveau national qualifiées d'administratives (et non de pénales).

D. LES NORMES MINIMALES PRÉVUES PAR L'ACCORD SUR LES ADPIC CONCERNANT LA MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONTREFAITES

#### **1. Principes de l'article 46 incorporés par l'article 59**

24. Selon le Brésil, l'article 59, lu conjointement avec l'article 46, établit que les Membres de l'OMC ont l'obligation d'accorder à leurs autorités compétentes le pouvoir d'écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaites ou d'ordonner leur destruction. Le traité n'établit pas qu'une telle habilitation doit être inconditionnelle.

25. Par ailleurs, il conviendrait de souligner que l'article 46 indique qu'il faut éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Cette disposition ne devrait pas être interprétée comme obligeant un Membre de l'OMC à s'assurer qu'il ne cause absolument aucun préjudice au détenteur du droit après la mise hors circuit des marchandises contrefaites. Elle exige plutôt que les marchandises contrefaites soient mises hors circuit d'une manière conforme à son objectif qui est d'éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

26. Par conséquent, en plus des moyens de mise hors circuit mentionnés dans la première phrase de l'article 46, les Membres de l'OMC sont autorisés à recourir à une série indéfinie d'options de mise hors circuit qui peuvent être autorisées, à condition que, premièrement, l'option retenue soit utilisée de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit et, deuxièmement, que "[p]our ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux".

27. Compte tenu de ce qui précède, le Brésil estime respectueusement que les Membres de l'OMC pourraient permettre à leurs autorités compétentes d'introduire des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux à condition que: a) ces autorités soient également habilitées à détruire ou à mettre ces marchandises hors des circuits commerciaux; b) les autorités évitent de causer un préjudice au détenteur du droit, qu'il soit disposé des marchandises contrefaites dans les circuits

commerciaux ou en dehors de ces circuits; et c) la restriction mentionnée dans la dernière phrase de l'article 46 soit respectée.

## **2. Habilitation conditionnelle à ordonner la destruction des marchandises contrefaites**

28. Dans le présent différend, les États-Unis semblent assimiler l'"habilitation à détruire" à l'"obligation de détruire" et pourtant ils définissent l'"habilitation" comme nécessitant l'exercice d'une compétence discrétionnaire étendue. En fait, l'argument des États-Unis concernant cette question semble quelque peu paradoxal. Généralement, plus la compétence discrétionnaire dont jouit un fonctionnaire est faible, plus son habilitation se rapproche d'une obligation légale. À l'inverse, une plus grande compétence discrétionnaire signifie que son habilitation lui laisse plus de latitude pour décider de ne pas suivre le comportement prescrit au regard de circonstances spécifiques.

29. Le Brésil constate toutefois que l'expression "compétence discrétionnaire" et le terme "habilitation" ne sont pas synonymes et que la première expression est une condition préalable à l'habilitation. Les actes non discrétionnaires des fonctionnaires peuvent aussi être considérés comme découlant de leur habilitation légale. Du point de vue du droit administratif, les actes discrétionnaires et non discrétionnaires relèvent de la même manière de l'exercice du pouvoir public qui procède en fin de compte de la Constitution du Membre.

30. Les faits présentés par les deux parties semblent indiquer que l'organisme chinois compétent est habilité, encore que conditionnellement, à ordonner la destruction des marchandises contrefaites qui ont été saisies. De l'avis du Brésil, même si le degré de compétence discrétionnaire était réduit à sa plus simple expression, l'habilitation à détruire existerait toujours, à condition que les règles juridiques appropriées le prévoient. La marge discrétionnaire dont jouissent les autorités compétentes ainsi que les conditions dont peut être assorti l'exercice de leurs attributions ne concernent pas l'existence de ce pouvoir en soi, mais la façon dont il est exercé. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC n'indique pas i) quelles sont les autorités compétentes qui doivent être investies du pouvoir en question ni ii) la façon exacte dont ce pouvoir devrait être exercé. La raison en est que l'Accord ménage aux Membres la flexibilité nécessaire pour déterminer comment cette disposition doit être mise en œuvre, au regard de leur législation et pratique nationales.

## **III. CONCLUSION**

31. Le Brésil se félicite d'avoir eu l'occasion de formuler des observations sur certaines des questions en jeu dans la présente procédure, et il espère que les points de vue qu'il a exposés dans la présente communication pourront aider le Groupe spécial à rendre sa décision.

## ANNEXE C-5

### DÉCLARATION ORALE DU BRÉSIL

1. Le Brésil se félicite d'avoir l'occasion de faire la présente déclaration orale en tant que tierce partie dans la présente procédure. Dans sa communication, il a souligné la pertinence systémique du présent différend et il a exposé ses vues sur l'importance des principes et flexibilités fondamentaux qui régissent le régime de protection de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC. De plus, dans sa communication, le Brésil a analysé certaines questions concernant les normes minimales de l'Accord sur les ADPIC applicables aux seuils d'infraction pénale et à la mise hors circuit des marchandises contrefaites.
2. Dans sa déclaration orale, le Brésil traitera d'un aspect du présent différend qu'il n'a pas abordé dans sa communication écrite, à savoir la notion de "protection automatique et immédiate des droits d'auteur" que prescrirait la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*.
3. Avant de traiter de la question du "caractère automatique", permettez-moi d'abord de faire une remarque générale concernant une observation formulée par les États-Unis dans leur première communication écrite. Au paragraphe 195, les États-Unis affirment que "[l]e droit d'auteur prend effet immédiatement une fois l'œuvre créée". Le Brésil est d'avis qu'une telle affirmation devrait être interprétée avec prudence, car elle donne la fausse impression que la protection du droit d'auteur est inconditionnelle et absolue, et dépend d'un seul facteur exclusif: la création de l'œuvre. Ce n'est pas le cas.
4. Le droit d'auteur pourrait ne *pas* prendre effet immédiatement une fois l'œuvre créée. En fait, les pays *peuvent* – et certains le font – fixer des conditions à l'octroi de la protection conférée par le droit d'auteur. Par exemple, l'article 2(2) de la Convention de Berne permet de prescrire dans la législation nationale que la protection sera accordée au moment de la *fixation* de l'œuvre sur une certaine forme de support matériel plutôt qu'une fois l'œuvre *créée*.
5. Cette mise en garde étant notée, le Brésil voudrait s'attacher dans sa déclaration à la notion voulant que – même si elle prend effet "une fois l'œuvre créée", sous réserve de la mise en garde ci-dessus – une telle protection ne prend pas effet dans le vide, en vertu d'une application *automatique* de la Convention de Berne à elle seule, sans tenir compte de la législation nationale des pays.
6. Les États-Unis prétendent que, conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne, une œuvre jouirait "immédiatement et automatiquement" de la protection conférée par le droit d'auteur.<sup>1</sup> Pour sa part, la Chine ne conteste pas une telle qualification. Elle la complète plutôt en affirmant qu'en vertu de sa Loi sur le droit d'auteur, "et conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne, le droit d'auteur est octroyé *automatiquement* et n'est subordonné à aucune formalité administrative".<sup>2</sup>
7. La Chine a spécifiquement fondé la notion de "caractère automatique" des droits, non sur la Convention de Berne directement, mais sur son propre droit national: "en vertu du droit chinois".<sup>3</sup> Cependant, les références que font les États-Unis au *caractère automatique* et au *caractère immédiat* des droits sont de nature générale et ouvrent la voie à une interprétation selon laquelle la Convention

---

<sup>1</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 195.

<sup>2</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 253, pas d'italique dans l'original.

<sup>3</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 237 et 245.

de Berne prévoit des droits qui prennent effet automatiquement et immédiatement, indépendamment des législations nationales.

8. Le Brésil conviendrait avec les États-Unis que la protection des œuvres littéraires et artistiques au titre de la Convention de Berne ne doit pas être subordonnée à des "formalités", mais il ne peut pas souscrire au point de vue voulant que la Convention de Berne prescrive que les droits d'auteur doivent prendre effet "automatiquement" et "immédiatement", indépendamment de ce que prévoit la législation nationale des pays sur la question.<sup>4</sup>

9. Le Brésil ne partage pas une telle qualification. La lettre de la Convention et l'historique de sa négociation prouvent clairement que le *principe de la protection automatique*, ainsi que le définit l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, devrait seulement signifier que la protection conférée par le droit d'auteur n'est subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité<sup>5</sup>, telle que l'enregistrement, le dépôt, etc.<sup>6</sup> La Convention de Berne n'a pas un tel "caractère automatique". En fait, ses articles de fond ne renferment aucun composé ou dérivé du mot "automatique".

10. Bien au contraire, à plusieurs occasions devant la même organisation et ailleurs, les États-Unis eux-mêmes ont résolument affirmé que la notion de "caractère automatique" dans les questions liées à la propriété intellectuelle allait à l'encontre de l'"idée fondamentale que les droits de propriété intellectuelle avaient un caractère territorial et que ces droits devaient être établis conformément à la législation du pays où l'on voulait bénéficier de la protection".<sup>7</sup> Dans le même ordre d'idées, le Directeur de l'Office des brevets et marques de fabrique ou de commerce des États-Unis a dit ce qui suit:

"il n'y a pas de "droit d'auteur international" qui protégera automatiquement les œuvres d'un auteur dans tous les pays du monde. La protection conférée par le droit d'auteur a plutôt un caractère "territorial", ce qui veut dire qu'elle dépend des lois nationales des pays où cette protection est demandée".<sup>8</sup>

11. Par conséquent, de l'avis du Brésil, le Groupe spécial ne devrait pas souscrire à l'interprétation que les parties donnent de l'article 5(2) de la Convention de Berne, dans la mesure où elles sous-entendent que des droits "automatiques et immédiats" pourraient découler de la Convention, peu importe les dispositions des législations nationales. Comme nous l'avons précédemment indiqué, il faudrait également se montrer prudent au sujet de l'affirmation selon laquelle "[l]e droit d'auteur prend effet immédiatement une fois l'œuvre créée".<sup>9</sup>

12. Ainsi prend fin la déclaration orale du Brésil. Nous serions heureux de répondre aux questions que pourrait vouloir nous poser le Groupe spécial.

---

<sup>4</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 195 à 225.

<sup>5</sup> Voir [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/summary\\_berne.html#f2](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/summary_berne.html#f2), consulté pour la dernière fois le 8 avril 2008.

<sup>6</sup> Voir le Handbook on Intellectual Property de l'OMPI, à l'adresse suivante: <http://www.wipo.int/about-ip/fr/iprm/pdf/ch5.pdf#berne>, consulté pour la dernière fois le 8 avril 2008.

<sup>7</sup> Voir l'intervention des États-Unis à la session spéciale du Conseil des ADPIC, document TN/IP/M/14.

<sup>8</sup> Voir <http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/copyright/copyrightrefresher.htm>, consulté pour la dernière fois le 8 avril 2008.

<sup>9</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 11 et 195.

## ANNEXE C-6

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU CANADA EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. Le Canada participe à la présente procédure parce qu'il est un producteur important de biens de propriété intellectuelle et à cause de l'intérêt systémique qu'il a dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC. Le Canada est d'avis que: 1) la Loi pénale de la Chine et ses interprétations judiciaires de décembre 2004 et avril 2007 sont incompatibles avec les articles 61 et 41:1 de l'Accord sur les ADPIC; 2) l'article 27 du Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'administration des douanes de la Chine et l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la Chine sont incompatibles avec les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC; et 3) les mesures de la Chine privant de la protection conférée par les droits connexes les œuvres dont la publication ou la distribution n'a pas été autorisée en Chine sont incompatibles avec les articles 9:1, 14, 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC.

#### A. SEUILS RÉGISSANT L'ENGAGEMENT DE PROCÉDURES ET L'APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES

##### 1. Première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

2. Selon les interprétations judiciaires qui en sont données, la Loi pénale de la Chine est incompatible avec la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Elle établit des seuils arbitraires qui supposent à tort que l'expression "échelle commerciale" signifie une production industrielle à grande échelle. Comme les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas utilisé cette expression, on peut en inférer que l'expression "échelle commerciale" a un sens plus large.

3. L'expression "échelle commerciale" s'applique aux activités de contrefaçon et de piratage menées dans le but de faire du profit. Cette interprétation donne un sens à chacun des mots "commercial" et "échelle". Elle reconnaît que la recherche du profit est l'objectif du commerce et qu'un profit peut être tiré de la reproduction ou vente de grandes quantités, ou de la reproduction ou distribution de petites quantités comportant des marges qui sont élevées, au moyen bien souvent d'ordinateurs portatifs. Il n'est pas nécessaire de disposer de chaînes de montage en usine. La Chine fait abstraction de ces réalités économiques en associant l'expression "échelle commerciale" à la production à une échelle industrielle.

4. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a indiqué que la quantité et la volonté de faire du profit étaient des facteurs qu'il fallait prendre en considération pour déterminer si la contrefaçon ou le piratage s'effectuent à une échelle commerciale. Les seuils quantitatifs arbitraires établis par la Chine ne laissent aucune latitude aux autorités pour établir une détermination qualitative fondée sur les circonstances propres à chaque cas.

5. Une personne qui reproduit ou distribue délibérément des centaines de copies contrefaites ou pirates pour retirer de la vente de ces copies des revenus et des bénéfices se chiffrant en milliers de dollars porterait atteinte à des droits à une échelle commerciale, selon toute mesure objective, en particulier en Chine où le produit intérieur brut annuel par habitant est d'à peine 2 500 dollars EU et où 57 millions de personnes gagnent moins de 125 dollars EU par année. Or l'article 217 de la Loi pénale de la Chine, selon l'interprétation judiciaire qui en a été donnée en avril 2007, par exemple, autorise les autorités chinoises à n'engager des procédures et appliquer des sanctions pénales que dans

les cas suivants: lorsque les gains illicites dépassent 30 000 RMB (4 155 dollars EU), lorsque le chiffre d'affaires illicite dépasse 50 000 RMB (6 925 dollars EU), lorsque plus de 500 copies pirates ont été reproduites ou distribuées, ou lorsqu'il existe d'"autres circonstances d'un caractère grave" indéfinies. Une personne qui est appréhendée en possession de 499 copies pirates d'une valeur de 49 999 RMB (6 924 dollars EU) – soit plus que ce que ne gagnent la plupart des Chinois en une année – ne peut pas être poursuivie en Chine.

6. Comme les seuils fixés par la Chine sont censés s'appliquer de façon cumulative, les autorités chinoises devraient garder trace des stocks d'une personne, de son identité et de ses activités, et partager l'information avec toutes les juridictions chinoises. Le sachant, les contrevenants pourraient se soustraire à la loi en conservant au plus 499 copies pirates d'une valeur ne dépassant pas 49 999 RMB et ce, à plusieurs endroits ou à des moments différents. Les seuils établis par la Chine pourraient donc faciliter involontairement les actes délibérés portant atteinte à des droits commis à une échelle massive.

7. Le Canada est sensible à la préoccupation de la Chine concernant le manque de moyens de répression, mais la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne va pas jusqu'à exiger des Membres qu'ils engagent des poursuites contre chaque acte délibéré de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale. Elle demande aux Membres d'être au moins en mesure d'engager des poursuites contre de tels actes. Le problème que posent les seuils établis par la Chine est qu'ils empêchent complètement les autorités chinoises de pouvoir même exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans un cas donné d'acte délibéré portant atteinte à un droit commis à une échelle commerciale.

## **2. Deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

8. Les seuils fixés par la Chine sont incompatibles avec la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Au lieu de constituer un moyen de dissuasion contre les actes portant atteinte à un droit commis à une échelle commerciale, ils définissent des paramètres clairs qui offrent aux contrevenants la possibilité de commettre en toute impunité des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur.

## **3. Article 41 de l'Accord**

9. Les seuils établis par la Chine font qu'il est impossible pour les autorités chinoises d'engager des procédures et d'appliquer des sanctions pénales pour de nombreux actes délibérés de contrefaçon et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale. Le fait qu'une pléthore de marchandises contrefaites et pirates continuent d'être produites, reproduites et distribuées en Chine, et exportées à partir de la Chine, indique clairement que cette dernière ne permet pas une action efficace contre les actes délibérés portant atteinte à des droits qui sont commis à une échelle commerciale et qu'elle ne prévoit pas non plus des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure, contrairement à ce que prévoit l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

## **B. MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES**

### **1. Article 59 et première phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC**

10. Pour s'acquitter de l'obligation énoncée à l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres doivent donner à leurs autorités compétentes les pouvoirs définis à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC dès lors qu'il a été établi que les marchandises portent atteinte à des droits de propriété



intellectuelle. Or, l'autorité compétente de la Chine n'obtient les pouvoirs nécessaires qu'une fois que les autres options de mise hors circuit ont été épuisées et, parfois, elle ne les obtient pas du tout.

11. L'article 27 du Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'administration des douanes de la Chine et l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la Chine établissent une hiérarchie générale d'exigences à satisfaire pour que les autorités douanières chinoises puissent mettre hors circuit les marchandises contrefaites. À aucune des étapes, les autorités douanières chinoises ne sont habilitées à ordonner la destruction des marchandises contrefaites ou leur mise à l'écart des circuits commerciaux, ou à recourir à ces deux options.

12. Dans le cas des marchandises contrefaites qui pourraient servir à des fins d'aide sociale, les mesures de la Chine empêchent généralement les autorités douanières chinoises d'être habilitées à ordonner leur destruction. Les mesures de la Chine exigent plutôt de façon générale des autorités douanières chinoises qu'elles fassent don des marchandises à des organismes d'aide sociale, lesquels pourraient à leur tour vendre ces marchandises pour financer leurs activités d'aide sociale et, ce faisant, ils introduiraient les marchandises dans les circuits commerciaux où elles causeraient un préjudice au détenteur du droit.

13. Dans le cas des autres marchandises contrefaites, les autorités douanières chinoises ne sont habilitées à ordonner leur destruction qu'après avoir épuisé les autres options de mise hors circuit qui causent un préjudice au détenteur du droit. Les autorités douanières chinoises doivent d'abord proposer au détenteur du droit d'acheter les marchandises, à défaut de quoi elles peuvent généralement disposer des marchandises par leur vente aux enchères si la marque apposée de façon illicite peut en être retirée facilement. Le détenteur du droit se trouve alors dans une situation impossible parce que, s'il achète les marchandises, il subit un préjudice financier, et s'il refuse de les acheter, il court le risque que les marchandises soient introduites dans les circuits commerciaux.

14. La Chine n'a pas démontré que la Constitution l'empêchait d'accorder immédiatement à ses autorités compétentes le pouvoir d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites. De même, les mesures de la Chine n'habilitent pas les autorités compétentes à ordonner la mise hors circuit des marchandises contrefaites de manière à ne pas causer un préjudice au détenteur du droit, par exemple en les autorisant à céder gratuitement les marchandises contrefaites au détenteur du droit.

## **2. Article 59 et quatrième phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC**

15. L'interdiction figurant à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC d'introduire les marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux après avoir simplement retiré directement et sans équivoque l'élément portant atteinte aux droits concerne la mise hors circuit des marchandises contrefaites. En tant que telle, elle constitue un principe de mise hors circuit des marchandises contrefaites que les autorités compétentes doivent appliquer au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC. Or les mesures de la Chine disposent qu'une fois que le détenteur du droit a refusé d'acheter les marchandises contrefaites qui ne peuvent pas servir à une fin d'aide sociale, les autorités douanières chinoises doivent mettre les marchandises aux enchères si l'élément portant atteinte aux droits peut être facilement retiré. La vente aux enchères pourrait avoir lieu même si le détenteur du droit s'y oppose énergiquement.

### **C. REFUS DE PROTÉGER ET FAIRE RESPECTER LES DROITS CONNEXES**

#### **1. Article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**

16. La Loi sur le droit d'auteur de la Chine est incompatible avec l'article 5(1) de la Convention de Berne. L'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine dispose expressément que "[l]es

œuvres dont la publication ou la diffusion est illégale ne sont pas protégées par la présente loi". La Chine admet que cette disposition fait référence aux œuvres, y compris celles visées par l'Union de Berne, que les autorités chinoises jugent inconstitutionnelles ou immorales, et que ces œuvres ne sont pas protégées en Chine.

17. L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine dispose que le droit d'auteur détenu par un étranger au titre d'un traité international conclu entre le pays de cet étranger et la Chine sera protégé "[c]onformément à la présente loi" (à savoir la Loi sur le droit d'auteur de la Chine). Manifestement, les engagements contractés par la Chine au titre de la Convention de Berne n'ont aucun effet direct, mais ils ne sont plutôt d'application que dans la mesure où la Loi sur le droit d'auteur de la Chine le prévoit. Par conséquent, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine semble prévaloir.

18. Les mesures de la Chine sont incompatibles avec l'article 5(2) de la Convention de Berne. La Chine semble avoir prescrit dans sa législation nationale que les exportateurs ou importateurs ont l'obligation administrative d'obtenir l'autorisation de publier et distribuer des œuvres en Chine, à défaut de quoi la protection conférée par le droit d'auteur ou les droits connexes sera perdue. En particulier, l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine accorde aux "citoyens chinois, entités chinoises ayant la personnalité morale ou autres organisations chinoises" la protection conférée par le droit d'auteur indépendamment de la publication de l'œuvre, mais non aux citoyens, personnes morales ou autres organisations des autres pays.

## **2. L'article 14 de l'Accord sur les ADPIC**

19. Pour les mêmes raisons, la Loi sur le droit d'auteur de la Chine est également incompatible avec l'article 14:1 et 14:2 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les exécutions et enregistrements sonores.

## **3. L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC**

20. Étant donné que la Loi sur le droit d'auteur de la Chine ne s'applique pas aux œuvres interdites, aucune des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle exigés au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC ne peut s'appliquer.

## **4. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

21. De par l'application de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine, les procédures et sanctions pénales prévues pour les actes de piratage portant atteinte au droit d'auteur ne s'appliquent pas aux œuvres étrangères interdites. Le détenteur du droit n'a aucun recours civil ni pénal.

## **II. CONCLUSION**

22. Le Canada estime respectueusement que les mesures de la Chine sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

## ANNEXE C-7

### DÉCLARATION ORALE DU CANADA

#### I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je voudrais tout d'abord remercier le Groupe spécial et le Secrétariat au nom du Canada pour leur travail à l'occasion du présent différend.

2. Le Canada traitera brièvement dans sa communication orale de chacune des trois questions en cause dans le présent différend: les seuils d'infraction pénale de la Chine, les moyens de mise hors circuit et le refus d'accorder aux œuvres interdites la protection conférée par le droit d'auteur. Ces arguments sont énoncés en détail dans la communication écrite du Canada.

#### II. SEUILS D'INFRACTION PÉNALE

3. S'agissant des seuils d'infraction pénale de la Chine, la Chine et deux tierces parties ont soutenu que le droit pénal relève du domaine exclusif des États souverains et que l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC ménage aux Membres la flexibilité voulue pour mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC. Cela est vrai, mais hors de propos. C'est une chose que de choisir la méthode appropriée de mise en œuvre d'une obligation à laquelle a souscrit un État souverain et c'en est une autre de mettre en œuvre une telle obligation. Le Canada souscrit au point de vue que la Corée a le mieux exprimé, à savoir que dans le présent différend il n'est pas question de pouvoir discrétionnaire, mais de dérogation à une obligation conventionnelle

4. Selon le Canada, le point crucial de cette partie du différend est l'interprétation correcte de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les seuils d'infraction pénale établis par la Chine reposent sur l'hypothèse voulant que cette expression ait rapport avec la quantité – la quantité de copies illicites, de gains illicites, etc. La Chine a exposé son point de vue selon lequel l'expression "échelle commerciale" s'entend de la production industrielle; c'est-à-dire semble-t-il, de grandes quantités comme celles qui sortiraient d'une chaîne de montage en usine.

5. L'interprétation que donne la Chine de l'expression "échelle commerciale" n'est pas défendable pour au moins deux raisons.

- a) Les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas choisi d'utiliser l'expression "échelle industrielle" ni l'expression "production industrielle". À l'évidence, ils voulaient désigner autre chose.
- b) L'interprétation de la Chine s'attache au mot "échelle" sans tenir compte du mot "commercial".

6. Le Canada partage le point de vue des États-Unis et de bon nombre des tierces parties selon lequel le mot "commercial" est lié au concept de recherche d'un avantage financier. L'expression "échelle commerciale" se rapporte donc aux infractions d'une ampleur telle que le motif du contrevenant est de mener une activité lucrative. Ainsi que l'a observé l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, on ne saurait simplement déterminer qu'une activité portant atteinte à un droit

est menée à une échelle commerciale sur la base de grandes quantités.<sup>1</sup> Il est possible de faire du profit en produisant et vendant de petites quantités comportant des marges élevées. Cela est particulièrement vrai de nos jours où il existe une technologie numérique personnelle non industrielle.

7. En fait, il pourrait y avoir quelques copies illicites et/ou de faibles gains seulement, mais aussi des indices non quantitatifs d'actes délibérés portant atteinte à un droit commis dans le but de faire du profit. Ces indices peuvent comprendre l'utilisation d'Internet ou d'autres moyens de diffusion de masse, la présence de matériels et d'intrants pour produire des copies additionnelles, les antécédents du contrevenant en matière d'atteintes portées à des droits, la participation d'éléments du crime organisé, la commercialisation et sollicitation d'opérations, etc. Dans les circonstances, l'existence d'un ou de plusieurs de ces facteurs qualitatifs, nonobstant le petit nombre de copies ou la faiblesse des gains, pourrait convaincre les autorités chinoises de l'existence d'un acte délibéré portant atteinte à des droits commis à une échelle commerciale. Cependant, les autorités ne peuvent pas engager de poursuites.

8. En théorie, si l'interprétation que donne la Chine de l'expression "échelle commerciale" était effectivement correcte et que les activités portant atteinte à des droits menées à une "échelle commerciale" se rapportaient – mis à part la volonté de faire du profit – simplement aux infractions portant sur de grandes quantités, ainsi que le définit la Chine, les seuils fixés par celle-ci seraient toujours incompatibles avec l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les seuils sont tellement élevés que même des infractions portant sur des quantités qu'un observateur objectif jugerait importantes ne sont pas passibles de procédures et sanctions pénales. Par exemple, la Chine ne considère pas que la vente de 499 vidéos pirates d'une valeur supérieure à 6 000 dollars EU – ce qui représente plus du double de ce que gagne en moyenne un citoyen chinois pendant toute une année – est effectuée à une échelle suffisamment grande.

9. Ainsi que l'ont indiqué les États-Unis dans leur première communication écrite, il y a des quantités considérables de marchandises contrefaites et pirates que l'on peut acheter en Chine. Cette violation d'une importance considérable est facilitée par les seuils établis par la Chine, qui créent des boucliers pénaux pour les personnes qui mènent des activités portant atteinte à des droits à une échelle commerciale sans avoir à encourir de procédures et sanctions pénales. Non seulement ces seuils sont incompatibles avec l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, mais ils sont également incompatibles avec l'obligation prévue à l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC de recourir à des mesures correctives et des moyens de dissuasion efficaces.

### **III. MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES**

10. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, lu conjointement avec l'article 46 dudit accord, incorpore l'obligation d'accorder aux autorités compétentes 1) le pouvoir d'ordonner que les marchandises soient mises à l'écart des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit; ou 2) le pouvoir d'ordonner la destruction des marchandises. Les autorités compétentes de la Chine ne disposent pas de ces pouvoirs dans certaines situations.

11. Lorsque les marchandises peuvent servir à une fin d'aide sociale, les autorités compétentes de la Chine sont obligées de faire don des marchandises à un organisme d'aide sociale. Lorsque les marchandises ne peuvent pas servir à une fin d'aide sociale, les autorités compétentes ont deux options: elles doivent vendre les marchandises au détenteur du droit ou, si l'élément portant atteinte au droit peut être retiré facilement et qu'une vente aux enchères est possible, elles doivent les mettre aux enchères – même si le détenteur du droit s'y oppose. Les autorités compétentes ne peuvent

---

<sup>1</sup> Voir la pièce CHN-43.

ordonner la destruction des marchandises qu'en dernier ressort, lorsque personne ne veut les acheter ou que l'élément portant atteinte au droit ne peut pas être retiré facilement.

12. Outre la destruction des marchandises, les moyens évidents de mettre les marchandises à l'écart des circuits commerciaux sans causer de préjudice au détenteur du droit sont de les céder au détenteur du droit ou de les recycler. Cependant, ce ne sont pas des options pour les autorités compétentes de la Chine et ce, pour au moins trois raisons:

- a) Le don des marchandises à des organismes d'aide sociale pour leur propre utilisation pourrait apporter une aide à ces organismes. Cependant, il y a aussi le risque que ces organismes n'utiliseront pas eux-mêmes les marchandises mais les vendront plutôt et les introduiront de ce fait dans les circuits commerciaux. En fait, la Loi chinoise mentionnée dans la pièce US-59 autorise expressément l'organisme d'aide sociale à vendre les marchandises pour augmenter son revenu. Non seulement la Loi telle qu'elle est libellée est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC, mais la Chine a jugé nécessaire dans le cas d'un don au moins d'établir un accord secondaire aux termes duquel l'organisme d'aide sociale s'engage à ne pas introduire les marchandises dans les circuits commerciaux (je veux parler du don à la Croix-Rouge dont il est question au paragraphe 165 de la première communication écrite de la Chine). Malheureusement, une fois introduites dans les circuits commerciaux, ces marchandises contrefaites feront concurrence à celles du détenteur du droit et nuiront à sa réputation.
- b) La deuxième option des autorités compétentes de la Chine, à savoir vendre les marchandises au détenteur du droit, impose une charge financière injustifiée au détenteur du droit.
- c) La vente aux enchères ou autrement des marchandises à des tiers aurait, par définition, pour effet de les introduire dans les circuits commerciaux où elles causeront de nouveau un préjudice au détenteur du droit en concurrençant ses produits authentiques.

13. La destruction des marchandises ou leur cession au détenteur du droit seraient plus appropriées que n'importe laquelle de ces options choisies par la Chine et permettraient de satisfaire à la prescription de l'Accord sur les ADPIC voulant qu'il ne soit pas causé de préjudice au détenteur du droit.

14. Le Canada observe aussi que la quatrième phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC est un principe de mise hors circuit. Il est donc incorporé à l'article 59 de l'Accord. À cet égard, la Chine n'a pas démontré comment il n'est recouru que dans des circonstances exceptionnelles à la vente aux enchères des marchandises contrefaites après en avoir retiré l'élément portant atteinte au droit, ainsi que le prescrit l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC.

#### **IV. REFUS D'ACCORDER LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR**

15. Enfin, le Canada convient que les Membres peuvent interdire la publication et distribution d'œuvres. Cependant, les Membres n'ont pas le droit de refuser de leur accorder la protection conférée par le droit d'auteur. Le problème que pose l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine est qu'il refuse d'accorder aux œuvres interdites la protection conférée par le droit d'auteur, ce qui est contraire à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

**V. CONCLUSION**

16. En conclusion, Monsieur le Président, le Canada partage l'avis des États-Unis selon lequel les mesures de la Chine ne sont pas conformes aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC et doivent être mises en conformité avec ces dispositions. Je serais heureux de répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait vouloir poser par la suite.

## ANNEXE C-8

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. Les Communautés européennes présentent cette communication écrite en tant que tierce partie en raison de l'intérêt systémique qu'elles ont dans l'interprétation correcte de l'Accord sur les ADPIC et du Mémoire d'accord.

#### II. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

2. Les Communautés européennes ne partagent pas un certain nombre des arguments de la Chine concernant l'interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Elles ne voient pas pour quelle raison l'interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC devrait suivre un critère différent de celui envisagé dans la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémoire d'accord pour l'interprétation des accords visés. Elles notent que ni l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ni aucune autre disposition des Accords de l'OMC ne prévoient une exception à l'application de la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémoire d'accord. Les Communautés européennes n'ont pas non plus connaissance de l'existence d'une règle coutumière d'interprétation des traités qui prévoient un critère d'interprétation différent lorsqu'il est question d'obligations relatives aux procédures ou aux sanctions pénales. Les Communautés européennes ne jugent pas pertinents les renvois faits par la Chine à la Convention de La Haye, à la Convention de Bruxelles, aux questions relatives à la coopération inter-États sur les questions pénales aux États-Unis, au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la Résolution n° 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies ou à un jugement de la Cour européenne de justice sur la compétence des Communautés européennes en matière de détermination du type et du niveau des sanctions pénales pour établir une telle règle coutumière d'interprétation des traités. Aucun de ces instruments ne prouve l'existence d'une *pratique générale* ou *opinio iuris* concernant l'interprétation des traités.

A. L'OBLIGATION ÉNONCÉE À L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC N'EST ASSORTIE D'AUCUNE CONDITION

3. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ménage explicitement aux Membres de l'OMC une flexibilité en ce qui concerne *certaines* obligations. Les deuxième et troisième phrases de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, par exemple, permettent aux Membres de l'OMC de prévoir des peines d'emprisonnement ou des amendes suffisamment dissuasives qui sont "en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante", et certaines autres sanctions "dans les cas appropriés". La première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne comporte toutefois aucune limitation de ce genre lorsqu'il s'agit de définir une activité criminelle. Elle énonce sans équivoque que les Membres de l'OMC "prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". En ce qui concerne la deuxième phrase de l'article 1:1, l'Accord sur les ADPIC ménage aux Membres de l'OMC la flexibilité de déterminer la *méthode appropriée pour mettre en œuvre* les dispositions de l'Accord, mais il ne limite pas la *portée* de ses dispositions en les subordonnant, ainsi que le laisse entendre la Chine, aux "priorités en matière d'ordre public" que se sont fixés les Membres. Les Communautés européennes ne voient pas non plus comment l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC, qui précise que la Partie III n'exige pas que soient mis en place des systèmes judiciaires distincts pour faire respecter les DPI ou

que soit modifiée la répartition des ressources, devrait subordonner l'application de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC à l'une des conditions avancées par la Chine. Même si l'interprétation correcte de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC permettait de conclure que l'expression "à une échelle commerciale" exigeait que ne soit criminalisée qu'une gamme relativement étroite d'activités, rien n'étayerait la conclusion voulant que cette obligation soit subordonnée aux conditions potentiellement illimitées et imprévisibles proposées par la Chine. Les Communautés européennes tiennent à souligner que toutes ces conditions, à savoir le contexte commercial et la structure juridique de la Chine, ses priorités en matière d'ordre public et l'insuffisance de ses ressources, ont rapport avec des facteurs qui sont propres à la Chine. Tout comme le veut le principe bien établi du droit international conventionnel selon lequel "[u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité" (article 27 de la *Convention de Vienne*), on ne peut pas s'attendre à ce que les obligations conventionnelles elles-mêmes soient – en l'absence de toute disposition expresse à l'effet contraire – subordonnées à de tels facteurs internes.

#### B. PRATIQUE ULTÉRIEURE

4. Le projet de proposition communautaire concernant l'établissement d'une directive sur les mesures pénales destinée à faire respecter les DPI, tel qu'il est libellé actuellement, ne prévoit pas de définition de l'expression "à une échelle commerciale".

### III. INTERPRÉTATION DE LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 59 EN RELATION AVEC L'ARTICLE 46 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

5. Les Communautés européennes dégagent du libellé de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC les principes suivants qui sont pertinents pour la destruction ou la mise hors circuit des marchandises contrefaites:

- a) Le but de ces sanctions est "de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits".
- b) Le contrevenant n'aura droit à aucun "dédommagement d'aucune sorte".
- c) Les autorités "seront habilitées" à ordonner deux mesures correctives:
  - i) mise à l'"écart[] des circuits commerciaux": ce qui devra se faire "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit"; ou
  - ii) destruction (à moins que la Constitution du Membre de l'OMC ne l'exclut).
- d) Pour examiner s'il y a lieu d'ordonner l'une ou l'autre de ces deux mesures correctives, les autorités tiendront compte "du fait qu'il doit y avoir proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers".
- e) Lorsque les autorités choisissent de ne pas ordonner l'application de l'une des deux mesures correctives, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite sur les marchandises contrefaites n'est pas suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux, à moins qu'il n'existe une circonstance exceptionnelle.

6. Les Communautés européennes ne partagent pas l'avis de la Chine selon lequel la quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59 et ne s'applique donc pas aux autorités douanières. Premièrement, la première phrase de l'article 59 renvoie aux "principes énoncés à



l'article 46" dans leur totalité, et pas seulement à ceux mentionnés dans la première phrase de l'article 46. Deuxièmement, les Communautés européennes ne sont pas convaincues par l'argument de la Chine selon lequel la deuxième phrase de l'article 59 constitue une *lex specialis* pour le traitement par les douanes des marchandises de marque contrefaites qui fait exception à la disposition générale énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46.

7. La mise hors circuit doit s'effectuer "de manière à éviter de causer *un* préjudice au détenteur du droit" (pas d'italique dans l'original). L'utilisation du mot "un" indique clairement que même le moindre degré de préjudice est inacceptable.

#### **IV. REFUS D'ACCORDER LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR**

8. La Chine reconnaît que l'article 4(1) de sa Loi sur le droit d'auteur refuse d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur à des œuvres qui ont un certain contenu illicite ("inconstitutionnel ou immoral", "à caractère réactionnaire ou pornographique ou de nature superstitieuse"). Les Communautés européennes ne sont pas convaincues par l'argument juridique de la Chine selon lequel l'article 17 de la Convention de Berne permet de refuser d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur ou de limiter les droits exclusifs des détenteurs du droit d'auteur. L'article 17 de la Convention de Berne permet au gouvernement de surveiller la diffusion des œuvres, mais n'exclut pas les œuvres de la protection ni ne limite les droits exclusifs des détenteurs du droit d'auteur. Le refus de la Chine d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur conformément à l'article 4(1) de sa Loi sur le droit d'auteur est contraire aux articles 2 et *2bis* de la Convention de Berne qui permettent d'exclure certaines catégories d'œuvres (par exemple texte officiel d'ordre législatif, administratif ou judiciaire) de la protection. Aucune disposition ne permet d'exclure les œuvres ayant un "contenu illicite" de la protection conférée par le droit d'auteur. Les œuvres ayant un tel contenu ne sont pas non plus visées par les dispositions de la Convention de Berne, telles que les articles 9(2), 10 ou *10bis*, qui prévoient des exceptions limitées à certains *droits exclusifs*, ni par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

#### **V. CONCLUSION**

9. Le présent différend offre au Groupe spécial l'occasion de préserver les droits et obligations résultant pour les parties de l'Accord sur les ADPIC en clarifiant plusieurs de ses dispositions. La Partie III de l'Accord sur les ADPIC établit un équilibre délicat entre la nécessité de prendre des "moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" et le respect des "différences entre les systèmes juridiques nationaux". Par conséquent, il est primordial de préciser soigneusement cet équilibre en appliquant de façon rigoureuse les règles coutumières d'interprétation du droit international public ainsi que le prescrit la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémoire d'accord, et non en recourant à des "normes par défaut" qui seraient "contraignantes" ou en subordonnant les obligations des Membres de l'OMC à ce qu'ils pourraient juger "approprié" ou conforme à leurs "priorités". Les Communautés européennes espèrent que leurs observations aideront le Groupe spécial dans sa tâche.

## ANNEXE C-9

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

#### I. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

1. Les Communautés européennes formulent les observations suivantes concernant la définition de l'expression "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur "à une échelle commerciale"

2. En ce qui concerne le *sens ordinaire*, l'expression "à une échelle commerciale" comprend deux éléments. Le mot "commercial" désigne des questions "relatives au commerce ou se rapportant au commerce" ou "susceptibles de dégager un profit". Le mot "échelle" signifie "importance ou ampleur relative; degré, proportion". Rien n'indique que l'"importance ou ampleur", le "degré" ou la "proportion" auxquels renvoie le mot "échelle" puissent seulement être évalués sur la base d'éléments "dénombrables", tels que le montant du chiffre d'affaires ou du profit. L'"échelle" d'une activité pourrait aussi être déterminée au moyen d'autres éléments indicateurs d'un certain degré ou d'une certaine envergure, tels que les circonstances entourant l'activité. Lus ensemble, les mots "commercial" et "échelle" dénoteraient donc des activités d'une envergure telle qu'elles se rapportent à une activité commerciale ou à la génération de profits. Le sens ordinaire de l'expression "à une échelle commerciale" ne limite pas la portée de l'article 61 aux activités qui portent sur certaines quantités – qu'il s'agisse de la valeur ou du nombre – de marchandises contrefaites ou pirates.

3. Concernant le *contexte*, la première phrase de l'article 61 renferme, contrairement aux deuxième, troisième et quatrième phrases plus flexibles, l'obligation stricte – ainsi que l'indique l'emploi du temps futur et de l'expression "au moins" – de prévoir des procédures pénales applicables à certaines activités. Il n'existe pas de pratique ultérieure satisfaisant aux conditions énoncées à l'article 31(3)(b) de la *Convention de Vienne*. Il n'existe pas de législation communautaire concernant les mesures répressives destinées à faire respecter les DPI qui définisse l'expression "à une échelle commerciale". La Directive 2004/48/CE relative aux mesures de nature civile et administrative destinées à faire respecter les DPI définit l'expression "échelle commerciale" par des éléments autres que quantitatifs, c'est-à-dire comme des actes "perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes qui sont perpétrés par des consommateurs finaux agissant de bonne foi".

4. S'agissant de l'*objet et du but*, la Partie III de l'Accord sur les ADPIC vise à fournir des "moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" tout en respectant les "différences entre les systèmes juridiques nationaux". L'article 61 rend compte de cet équilibre. Ses deuxième, troisième et quatrième phrases mettent l'accent sur la flexibilité, par exemple en ce qui concerne la durée d'emprisonnement ou l'inclusion de certaines autres sanctions. Par ailleurs, la première phrase de l'article 61 contient une règle stricte qui oblige les Membres de l'OMC à prendre des mesures répressives contre au moins deux types d'atteintes portées à des DPI. La première phrase de l'article 61 a pour but d'isoler ces deux types d'atteintes parce qu'elles sont particulièrement susceptibles de causer un préjudice aux détenteurs de droits. Il est rendu compte de ce but dans l'expression "à une échelle commerciale". Cette expression désigne des activités qui généralement sont particulièrement préjudiciables parce qu'elles se rapportent à une activité commerciale ou à la génération de profits, ce qui signifie qu'elles sont habituellement menées dans le cadre d'un plan plus vaste, à répétition, systématiquement ou avec une plus grande envergure. Les activités menées "à une échelle commerciale" sont potentiellement plus préjudiciables que les atteintes "occasionnelles" commises par des particuliers.

5. Compte tenu de cet objet et de ce but, l'expression "à une échelle commerciale" doit comprendre toutes les activités qui sont particulièrement susceptibles de causer un préjudice du fait qu'elles se rapportent à une activité commerciale ou à la génération de profits. Les seuils quantitatifs, qui sont fondés par exemple sur le nombre ou la valeur des marchandises contrefaites, pourraient dans certaines circonstances mettre en évidence les activités menées à une "échelle commerciale". Il pourrait toutefois y avoir d'autres circonstances dans lesquelles ils ne le feraient pas. Le Japon a donné comme exemple le cas d'une personne qui vend un nombre relativement petit de produits contrefaits de faible valeur, mais où l'organisation professionnelle de l'activité, par exemple la coopération systématique avec d'autres personnes, révèle l'existence d'une dimension commerciale. Selon nous, il s'agirait d'une activité qui est particulièrement susceptible de causer un préjudice aux détenteurs des droits parce qu'elle fait partie d'une activité commerciale et qu'elle devrait donc être considérée comme étant menée "à une échelle commerciale". Pour appréhender toutes les atteintes menées "à une échelle commerciale", les Membres de l'OMC devraient permettre à leurs autorités chargées de l'application du droit pénal de tenir compte non seulement des seuils quantitatifs, mais également d'éléments additionnels indiquant que l'activité a une dimension commerciale.

6. Étant donné l'interprétation claire que permet d'obtenir l'article 31 de la *Convention de Vienne*, le recours à des *moyens complémentaires d'interprétation* au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne* présente un intérêt limité. Le Mémoire de l'OMPI de 1988 confirme l'interprétation ci-dessus puisqu'il mentionne des facteurs à la fois quantitatifs et non quantitatifs et qu'il n'entend manifestement pas être exhaustif. Il est possible que certaines délégations aient proposé des formulations telles que "commercial" ou "à des fins commerciales" pendant les négociations de l'Accord sur les ADPIC, mais le compte rendu des négociations ne dit pas *pourquoi* les négociateurs ont finalement choisi l'expression "à une échelle commerciale". L'inclusion du mot "échelle" ne limite pas la portée de la première phrase de l'article 61 aux activités devant être évaluées sur la base de facteurs purement quantitatifs.

7. En somme, l'expression "à une échelle commerciale" dénote des activités d'une envergure telle qu'elles se rapportent à une activité commerciale ou à la génération de profits. Des activités peuvent avoir cette dimension commerciale même si elles n'atteignent pas les seuils quantitatifs établis sur la base du nombre ou de la valeur des marchandises contrefaites. D'autres facteurs peuvent être des indications d'une organisation commerciale ou d'un but lucratif.

## II. INTERPRÉTATION DES ARTICLES 59 ET 46 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

8. L'une des questions d'interprétation fondamentales soulevées par les États-Unis dans leur deuxième alléguation est celle de savoir si ou dans quelle mesure l'obligation énoncée à l'article 59 permet aux Membres de l'OMC d'assujettir à des conditions le fait d'"habilit[er] à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit".

9. Le *sens ordinaire* des mots "seront habilitées à ordonner" figurant aux articles 59 et 46 est que les autorités douanières doivent avoir le pouvoir de recourir à ces mesures correctives. Il ne précise pas dans quelles circonstances elles doivent être en mesure de le faire.

10. D'un point de vue *contextuel*, le libellé de l'article 44 ("les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner ..." – "les Membres n'ont pas l'obligation de les habilit[er] à agir ainsi en ce qui concerne ...") pourrait indiquer que les Membres de l'OMC savaient comment nuancer expressément l'obligation d'habilit[er] leurs autorités à agir d'une certaine manière s'ils le voulaient. La disposition de l'article 46 qui permet aux Membres de l'OMC de déroger à l'obligation d'accorder un pouvoir de destruction si cela est "contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes" en est une autre illustration. On pourrait faire valoir qu'en l'absence de ces réserves expresses, les Membres de l'OMC devraient pleinement et inconditionnellement accorder les pouvoirs en question.

11. S'agissant de l'*objet et du but*, l'article 46 établit que l'octroi des pouvoirs de destruction et de mise hors circuit a pour but "de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits". De l'avis des Communautés européennes, ce but pourrait être compromis si ces mesures correctives n'existaient qu'en théorie et que les autorités douanières ne pouvaient effectivement pas les prendre. Ce pourrait être le cas si les mesures correctives n'étaient applicables que dans des conditions excessivement restrictives. En définitive, il s'agira en grande partie d'une question de degré nécessitant des évaluations factuelles, telles que l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les autorités douanières.

### **III. REFUS D'ACCORDER LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR**

12. Le refus par la Chine d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur aux œuvres dont le contenu est "inconstitutionnel" est incompatible avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC en relation avec l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971) puisqu'il refuse aux auteurs des œuvres concernées les droits exclusifs que leur accordent l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne (1971).

13. L'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine pourrait aussi être incompatible avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC en relation avec l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971). Ce serait le cas si la jouissance et l'exercice du droit d'auteur étaient subordonnés à l'octroi par les autorités chinoises chargées de la censure de l'autorisation de diffuser l'œuvre, c'est-à-dire à une "formalité".

14. Les États-Unis allèguent qu'il existe un tel lien au titre du droit chinois et font référence au libellé de la Loi sur le droit d'auteur et des lois sur la censure. La Chine nie l'existence d'un lien quelconque entre le fonctionnement de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur et le processus d'examen du contenu, et mentionne des cas où le droit d'auteur aurait été protégé alors que l'examen du contenu était toujours en cours. Les Communautés européennes s'abstiennent de formuler des observations sur ces questions factuelles, mais elles hésiteraient à accorder un trop grand poids à ces cas pour évaluer une allégation "en tant que tel" qui semble s'appuyer sur le libellé même du *droit* chinois. Si la *pratique* en matière de respect du droit d'auteur devait jouer un rôle dans l'évaluation de l'allégation formulée par les États-Unis, il faudrait examiner de façon plus systématique l'effet des décisions de l'administration chinoise de la censure sur les autorités chargées de faire respecter le droit d'auteur en Chine.

## ANNEXE C-10

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. LE SENS DE L'EXPRESSION "À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE" FIGURANT À L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC<sup>1</sup>

##### A. LE SENS ORDINAIRE DE L'EXPRESSION "ÉCHELLE COMMERCIALE" SOUS-ENTEND UNE ÉVALUATION DE DIVERS ÉLÉMENTS QUANTITATIFS ET QUALITATIFS

1. Le point de départ d'une analyse au titre de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne") est toujours le *sens ordinaire* du texte.

##### 1. Syntaxe et définitions du dictionnaire

2. L'expression "échelle commerciale" comprend deux éléments: un *nom* ("échelle") et un *adjectif* ("commercial"). L'adjectif "commercial" modifie le nom "échelle".

3. L'interprétation du nom "*échelle*" est relativement simple. Selon le sens que lui attribue le dictionnaire, le mot "échelle" dénote une certaine ampleur relative, un indicateur de dimension ou proportion comportant une gradation.

4. La question consiste ensuite à déterminer quand cette "échelle" devient "**commerciale**". Le Shorter Oxford English Dictionary (cinquième édition, 2002, page 459) définit le mot anglais "commercial" comme signifiant "Engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce ... Interested in financial return rather than artistry; likely to make a profit; regarded as a mere matter of business" (se livrant au commerce; de commerce, relatif au commerce ou se rapportant au commerce ... qui cherche à réaliser des bénéfices plutôt que des œuvres artistiques; susceptible de dégager un profit; considéré comme une simple question d'affaires). L'Oxford English Dictionary définit en outre le mot "commerce" comme suit: "**1. a.** Exchange between men of the products of nature or art; buying and selling together; trading; exchange of merchandise" (**1. a.** Échange de produits de la nature ou de l'art entre des personnes; opération combinée d'achat et de vente; négoce; échange de marchandises).

---

<sup>1</sup> L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC comprend une obligation minimale ("au moins") en vertu de laquelle les Membres de l'OMC doivent prévoir des procédures et sanctions pénales pour la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou le piratage portant atteinte à un droit d'auteur, chaque fois que la contrefaçon ou le piratage s'effectue à "une échelle commerciale". À cet égard, le Japon note que la Chine fait valoir que les États-Unis assument une "charge notablement plus lourde" lorsqu'il s'agit de soutenir leur allégation au titre de l'article 61 puisqu'ils prétendent qu'un Membre doit promulguer une loi pénale qui satisfait à des normes internationales spécifiques (première communication écrite de la Chine, paragraphe 49). Le Japon ne partage pas cette déclaration de la Chine. Il croit que les États-Unis assument une charge normale pour établir *prima facie* le bien-fondé de leur allégation comme c'est le cas pour leurs autres allégations, car un Membre de l'OMC est tenu de se conformer à toute obligation énoncée dans les Accords de l'OMC ainsi que le prescrit le texte, que l'obligation se rapporte ou non au droit pénal du Membre. Pour examiner l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dans le présent différend, le Groupe spécial devrait s'acquitter de sa tâche en clarifiant d'abord le sens de la disposition, y compris le sens de l'expression "à une échelle commerciale", puis en clarifiant l'obligation spécifique dont sont convenus les Membres de l'OMC au titre de la disposition, et enfin déterminer si la Chine se conforme ou non à l'obligation.

5. La version française de l'Accord sur les ADPIC précise davantage le sens du mot "commercial". La version française de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC mentionne "une échelle commerciale". Le Petit Robert, dictionnaire de la langue française (édition 2004), définit le mot français "commercial" comme signifiant "1. Qui a rapport au commerce", et le mot "commerce" y est défini comme suit: "1. Opération, activité d'achat et de revente (en l'état ou après transformation) d'un produit, d'une valeur ... commercialisation, distribution; achat, circulation, échange, négoce, vente". Le mot "commerce" a aussi en français un sens "organisationnel" et désigne le magasin ou le point de vente d'une société: "3. Un commerce: point de vente tenu par un commerçant, fonds de commerce. => boutique ...".<sup>2</sup>

6. En somme, le mot "commercial" dénote l'existence de certains éléments quantitatifs. Le mot "échelle" dénote une certaine ampleur relative, un indicateur de dimension ou proportion comportant une gradation. L'expression formée de la combinaison de ces deux mots, à savoir "échelle commerciale" dénote qu'il doit y avoir vente et achat de produits, ou une certaine forme d'action fondée sur le marché (que dénote le mot "commercial") et que ces actions doivent être d'un certain niveau dans un sens relatif (qu'elles soient d'une certaine "échelle"). En outre, certaines définitions du mot "commercial", en particulier en français, semblent indiquer qu'un certain type d'élément organisationnel ou représentatif pourrait également être pertinent. Autrement dit, la combinaison du mot "commercial" (c'est-à-dire une transaction définie par une opération d'achat et de vente) et du mot "échelle" (c'est-à-dire l'échelle relative d'une opération) semble indiquer que le nombre de marchandises contrefaites qui sont concernées, la valeur globale d'une offre ou d'une opération, ou les éléments organisationnels, et par conséquent la répétition de l'action (ventes répétées, atteintes répétées) peuvent chacun peser dans une constatation établissant qu'une certaine infraction atteint une "échelle commerciale".

## **2. Exemples d'opérations de ventes "commerciales" et de ventes à une "échelle commerciale"**

7. Premièrement, si des marchandises de marque contrefaites sont vendues dans un magasin, même en quantités relativement faibles à un moment donné, cela constituerait logiquement une activité "commerciale". Cela est bien entendu évident lorsque le magasin est une épicerie où l'on vend des centaines de tubes de pâte dentifrice, des douzaines de bouteilles de bière et d'autres produits similaires. Mais prenons également le cas d'un petit magasin doté d'une belle salle d'exposition où sont offertes à la vente deux voitures de luxe de haut de gamme contrefaites. Personne ne contesterait sérieusement que le magasin exerce ses activités à une échelle commerciale. En fait, la valeur des marchandises (celles qui sont contrefaites ou celles qui ont été contrefaites) pourrait être l'une des raisons pour lesquelles on pourrait présumer qu'il s'agit d'actes de contrefaçon menés à une "échelle commerciale". D'autres facteurs, tels que l'organisation professionnelle nécessaire pour ouvrir un magasin ayant pignon sur rue et la production et vente de ces voitures de luxe haut de gamme, rendent cette présomption irréfragable. Autrement dit, le mot "échelle" dénote une taille ou quantité relative dont l'évaluation est en outre étayée par le mot "commercial", qui couvre d'autres éléments plus qualitatifs. Dans ces exemples, des facteurs tels que la structure organisationnelle et la simple visibilité de l'opération (la vente en magasin) démontrent tous le caractère "commercial" de l'échelle.

8. Prenons maintenant le cas d'un individu qui est appréhendé dans une rue de Genève et qui a en sa possession cinq paquets de cigarettes de contrefaçon qu'il se propose de vendre aux touristes de passage pour la somme, par exemple, de 1 franc suisse le paquet. Malgré le nombre relativement petit de produits et la faible valeur des articles de contrefaçon, nous ne pouvons pas immédiatement conclure que cet individu ne mène pas son activité à une "échelle commerciale". Il faut se poser d'autres questions: Est-il possible qu'il ait ramassé les cigarettes dans la rue et qu'il essaie de les

---

<sup>2</sup> La définition du mot espagnol "comercial" ressemble à celle du mot français "commercial".

vendre? Les cigarettes ont-elles l'air d'avoir été contrefaites par des professionnels? Le vendeur a-t-il au coin de la rue un complice qui possède des douzaines ou des centaines d'autres paquets de cigarettes (c'est-à-dire l'élément organisationnel)? Et si le même individu écarte les pans de son manteau et offre aussi de vendre cinq montres de luxe de contrefaçon, et propose une série d'autres produits qu'on peut lui commander?

9. Si l'on est en présence d'offres ou d'opérations impliquant des quantités importantes de marchandises contrefaites, même d'une valeur modeste, il faudra probablement en conclure qu'il s'agit d'actes de contrefaçon commis à une "échelle commerciale". De la même manière, des offres ou opérations qui représentent une valeur substantielle, même si elles ne portent que sur quelques articles de contrefaçon, équivaldront aussi à des actes de contrefaçon commis à une "échelle commerciale". Cependant, ainsi que l'illustrent les exemples ci-dessus, ces deux cas n'épuisent pas les possibilités d'actes de contrefaçon commis à une échelle commerciale. Même de plus petites quantités de marchandises et de plus faibles valeurs peuvent toujours constituer des infractions à une "échelle commerciale" en raison d'autres circonstances (telles que des indices d'une organisation professionnelle ou d'une répétition facile). En conséquence, bien que les seuils quantitatifs puissent permettre d'appréhender de nombreux actes de contrefaçon commis à une "échelle commerciale", la simple quantification de l'"échelle commerciale" ne met pas en évidence tous les actes de contrefaçon commis à une échelle commerciale, et lorsque de plus faibles quantités sont en cause, d'autres éléments – qualitatifs – doivent être pris en compte.

### **3. Conclusion**

10. Il est évident qu'un simple critère quantitatif ne peut pas appréhender toutes les opérations de contrefaçon qui ont lieu à une "échelle commerciale". Bien que l'on puisse à juste titre supposer que les opérations s'effectuent à une "échelle commerciale" lorsque les quantités concernées sont grandes, de petites quantités ne signifient pas nécessairement que l'opération n'est pas "commerciale". Nous avons donné ci-dessus des exemples de situations où, malgré de petites quantités, certaines infractions peuvent être considérées comme étant commises à une "échelle commerciale". Par conséquent, l'expression "échelle commerciale" nécessite l'application d'un critère qui, tout en reconnaissant que des quantités plus grandes (en volume, en valeur) permettent de supposer que les opérations s'effectuent à une "échelle commerciale", devra aussi prendre en compte les circonstances propres à chaque infraction individuelle, telles que les caractéristiques organisationnelles du contrevenant, etc., afin d'établir si l'"échelle commerciale" est atteinte.

11. Les exemples ci-dessus indiquent en outre qu'un seul critère quantitatif généralement applicable à tous les types de marchandises contrefaites ne pourrait pas mettre en évidence certaines infractions commises "à une échelle commerciale" car le prix et le nombre des marchandises distribuées dans le commerce varient sur les marchés réels. Par exemple, un critère quantitatif qui est suffisamment bas pour produire des résultats efficaces dans le cas des marchandises de marque contrefaites pourrait être trop élevé s'il est question de pâte dentifrice de marque contrefaite, peu importe si le critère en question se fonde sur le nombre de marchandises contrefaites ou sur les revenus que procure leur vente. Le sens de l'expression "échelle commerciale" doit donc être déterminé en tenant compte de tous les faits pertinents concernant les marchandises contrefaites en cause.

**B. LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES CONFIRMENT QUE DIVERS FACTEURS QUANTITATIFS ET QUALITATIFS PEUVENT ÊTRE PERTINENTS POUR DÉTERMINER SI LES ATTEINTES SONT COMMISES À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE"**

12. L'expression "échelle commerciale" apparaît presque tout de suite dans les discussions sur la contrefaçon du Groupe de négociation sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui

touchent au commerce du GATT. Il a été signalé que les participants se sont reportés à un document de l'OMPI où la même expression était utilisée. Il apparaît qu'il s'agissait d'un renvoi à un Mémoire de 1988 établi par le Bureau international de l'OMPI, où était formulée la prescription relative à l'"échelle commerciale" tant en ce qui concerne la contrefaçon que le piratage. Le Mémoire du Bureau disait ce qui suit:

"'Échelle commerciale" est une notion qui devra être appliquée en tenant compte des circonstances accompagnant la fabrication. Parmi les facteurs que les tribunaux devront prendre en considération, figurent la quantité de produits fabriqués, la manière par laquelle ils ont été, sont ou seront utilisés et la volonté de faire du profit."

13. Cette définition confirme l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" en tant que notion qui ne peut être déterminée que ponctuellement, en tenant compte d'un certain nombre de facteurs, tels que la quantité, l'organisation et le profit.

14. Les travaux préparatoires de l'Accord sur les ADPIC apportent donc un autre éclairage, encore qu'indirect, sur ce que les rédacteurs de l'article 61 de l'Accord auraient pu avoir à l'esprit. Le Mémoire du Bureau international de l'OMPI confirme l'interprétation tirée du sens ordinaire des mots selon laquelle l'expression "échelle commerciale" nécessite une évaluation de divers éléments quantitatifs et qualitatifs et la prise en compte des circonstances propres à chaque cas, et non une approche unique fondée sur un seuil quantitatif.

## **II. LIEN ENTRE LES SEUILS QUANTITATIFS FIXÉS PAR LA CHINE ET CERTAINES ATTEINTES COMMISES À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE**

15. La Loi pénale de la Chine et les interprétations judiciaires pertinentes établissent une série de seuils quantitatifs individuels, spécifiques et fixes qui régissent effectivement l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales indépendamment des faits propres à chaque cas concernant les marchandises contrefaites en cause.

16. Compte tenu des observations d'interprétation générales ci-dessus, il apparaît que les seuils actuels fixés par la Chine soulèvent deux grandes questions. Premièrement, le Groupe spécial devrait examiner si les seuils établis dans la Loi pénale de la Chine reposent sur des critères quantitatifs individuels qui ne permettent pas aux procureurs de tenir compte de toutes les circonstances qui pourraient être pertinentes pour déterminer si les atteintes ont été commises à une échelle commerciale. Deuxièmement, le Groupe spécial devrait examiner si la comparaison de ces seuils quantitatifs individuels avec les valeurs marchandes réelles des diverses marchandises de marque démontre que les critères quantitatifs établis dans la Loi pénale de la Chine sont tellement élevés qu'ils excluent automatiquement de nombreux actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce commis à une "échelle commerciale". Étant donné que les prix et les quantités des marchandises distribuées sur un marché varient, il est nécessaire d'examiner si ces critères quantitatifs individuels permettent d'engager des procédures pénales pour les atteintes commises à une "échelle commerciale". Par ailleurs, les valeurs des seuils sont considérées être élevées, en particulier si l'on considère que la valeur du chiffre d'affaires illicite désigne la valeur des marchandises contrefaites plutôt que la valeur au détail des marchandises authentiques.

17. Cependant, même si les seuils étaient fondés sur la valeur des marchandises de marque - plutôt que sur la valeur du produit contrefait - de nombreux cas d'atteintes commises à une "échelle commerciale" risqueraient toujours d'être exclus. L'exemple de la vente de cigarettes mentionnée ci-dessus en est une illustration. Dans le cas d'un magasin qui vend des cigarettes, l'évaluation débiterait par les quantités en cause. Il est évident qu'une personne qui vend des milliers de paquets de cigarettes (qui est le nombre requis de cigarettes pour atteindre les critères actuels "à l'échelle



commerciale" de la Chine) mène son activité à une échelle commerciale. Cependant, même si le magasin offrait à la vente des quantités bien moindres de cigarettes de contrefaçon (par exemple quelques centaines de paquets de la marque X), l'élément organisationnel (un magasin) ou la fréquence relative (approvisionnements réguliers) indiquerait toujours que l'activité est menée à une "échelle commerciale".

18. En somme, tout système reposant sur un critère quantitatif individuel risquera par définition de soustraire à des poursuites et sanctions certains actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce commis à une "échelle commerciale", à moins que ce seuil quantitatif ne soit si bas qu'il ne veuille effectivement plus rien dire. Un tel critère individuel ne peut que mettre hors d'atteinte certaines infractions commises à une échelle commerciale ainsi que l'ont montré les exemples ci-dessus. Les seuils établis dans la Loi pénale de la Chine sont aussi problématiques pour une autre raison. Ils ne semblent pas tenir compte du fait que la fourchette des prix et valeurs des marchandises est extrêmement étendue et va de très faible (par exemple un paquet de cigarettes) à très élevée (par exemple une voiture de luxe de haut de gamme). Du fait que les seuils individuels fixés par la Chine se fondent sur la valeur ou les gains, et que leur niveau est élevé, un certain nombre de catégories de produits de contrefaçon pourraient automatiquement échapper à des poursuites et sanctions pénales.

## ANNEXE C-11

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DU JAPON

#### I. CHARGE DE LA PREUVE ET PORTÉE DE L'OBLIGATION

1. La Chine a fait valoir que les États-Unis assument une "charge notablement plus lourde" lorsqu'ils avancent leur allégation au titre de l'article 61 puisqu'ils demandent à un Membre de promulguer une loi pénale qui satisfait à des normes internationales spécifiques.<sup>1</sup> Dans le système de règlement des différends de l'OMC, la charge de la preuve a généralement été interprétée comme obligeant le plaignant à établir *prima facie* qu'il y a violation. Il incombe ensuite au défendeur de montrer qu'une telle violation n'a pas en fait eu lieu. Par conséquent, les États-Unis auraient normalement à montrer *prima facie* que le système juridique de la Chine ne prévoit pas "des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale" et que les mesures correctives prévues dans la deuxième phrase de l'article 61 ne sont pas possibles.

2. La question de savoir si l'article 61 prévoit une charge de la preuve particulière doit être déterminée par une interprétation des dispositions de l'article 61 conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités qui sont énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3. À cet égard, le Japon note tout d'abord qu'il n'y a rien dans le sens ordinaire de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord, qui autoriserait à penser qu'il existe une charge de la preuve particulière. En fait, selon son sens ordinaire, l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC établit un critère explicite auquel doivent se conformer les Membres de l'OMC. Il dispose ce qui suit: "Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante." (non souligné dans l'original). Les Membres de l'OMC ont accepté ce critère et, en fait, ils sont convenus de le rendre particulièrement contraignant en utilisant le temps futur pour chacune des deux prescriptions. Par conséquent, le sens ordinaire de l'article 61 n'autorise nullement à penser qu'il existe une charge particulière et, en fait, le libellé utilisé indique que le critère juridique qui y est énoncé est un critère rigoureux (ainsi que le démontre en particulier l'emploi du temps futur et de l'expression "au moins").

4. Le principal argument avancé par la Chine pour dire que l'article 61 nécessiterait une charge de la preuve particulièrement "lourde" est que cette disposition concerne le droit pénal. En particulier, la Chine mentionne d'autres accords internationaux qui, fait-elle valoir, traitent avec certains degrés de déférence les parties à des accords dans le domaine du droit pénal. Le Japon ne voit pas comment cela transformerait la charge de la preuve ou l'obligation particulière prévue à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Même si la Chine avait raison d'avancer que d'autres traités qui prévoient des accords internationaux concernant des questions relatives à la législation pénale d'un pays n'imposent que des obligations générales, qui laissent un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de mise en œuvre<sup>2</sup>, que certains pays agissent de la même manière en ce qui concerne la législation de leurs propres États, et que les tribunaux internationaux se sont montrés excessivement réticents à imposer

---

<sup>1</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 49.

<sup>2</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 55.

aux États souverains des normes spécifiques dans le domaine pénal<sup>3</sup>, cela voudrait seulement dire que les parties à ces traités en sont ainsi convenues et cela n'influerait d'aucune façon sur l'obligation expressément convenue que prévoit l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. En fait, les règles coutumières d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ne prévoient nulle part que l'approche d'une certaine question dans un traité particulier influencerait d'une façon ou d'une autre sur l'interprétation d'une disposition énoncée dans un autre traité n'ayant absolument aucun rapport avec le premier traité.

## **II. DÉFINITION DE L'EXPRESSION "ÉCHELLE COMMERCIALE" FIGURANT À L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

### **A. SENS ORDINAIRE DE L'EXPRESSION "ÉCHELLE COMMERCIALE" ET EXEMPLES RÉELS D'ATTEINTES COMMISES À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE"**

5. La Chine a laissé entendre que l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" proposée par les États-Unis n'attribue pas un poids suffisant au mot "échelle". Il apparaît toutefois que sa propre définition remplace le mot "commercial" par le mot "considérable".<sup>4</sup> Le Japon convient qu'il est important d'accorder un poids suffisant à chacun des deux mots de l'expression "échelle commerciale". Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre communication écrite, nous croyons qu'une interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC démontre que divers facteurs pourraient devoir être pris en compte afin de déterminer si une atteinte portée à un droit atteint une "échelle commerciale". Comme le montre l'interprétation qu'il a avancée dans sa communication écrite, le Japon conviendrait certainement que lorsque l'"échelle" des atteintes portées à des droits est considérable ou importante, il serait habituellement considéré que de telles atteintes ont un caractère commercial. Cependant, les exemples d'activités "commerciales" que le Japon a présentés dans sa communication écrite montrent aussi que l'expression "échelle commerciale" ne veut pas nécessairement dire que les quantités (en valeur ou en volume) doivent être d'une taille particulière, mais qu'en fait ces quantités peuvent être relativement faibles. Le Japon croit donc que le "niveau quantitatif" précis qui constituera une "échelle commerciale" ne peut être établi qu'en prenant en considération un certain nombre de facteurs quantitatifs et qualitatifs.

6. En fait, le Japon a déjà noté que le mot "échelle" dénotait une certaine ampleur relative, un indicateur de dimension ou proportion comportant une gradation.<sup>5</sup> Il n'équivaut pas simplement à "important" ou "beaucoup". Il importe aussi de noter que le mot "commercial" ne signifie pas nécessairement "considérable" ni "une activité d'une ampleur considérable", ainsi que le propose la Chine.<sup>6</sup> L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC utilise expressément le mot "commercial" et non les mots "considérable", "substantiel" ou "important". L'échelle précise dont il faut tenir compte n'est donc définie que par le mot "commercial".

7. Dans ce contexte, le Japon tient à souligner de nouveau le sens ordinaire du mot "commercial". Un examen du sens qu'en donnent les dictionnaires en anglais, en français et en espagnol montre que le mot "commercial" dénote qu'il doit y avoir une opération d'achat et de vente de produits, ou une certaine sorte d'action fondée sur le marché (qu'indique l'utilisation du mot "commercial"). Les définitions du mot "commercial", en particulier en français et en espagnol, semblent aussi indiquer qu'une certaine sorte d'élément organisationnel ou représentatif pourrait être pertinente. Cela confirme que ce n'est pas une valeur particulière ou un volume particulier en tant que tels qui font qu'une chose est "commerciale", mais que c'est un certain nombre de facteurs qualitatifs

---

<sup>3</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 58.

<sup>4</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72.

<sup>5</sup> Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 8.

<sup>6</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72.

et quantitatifs considérés ensemble qui déterminent à quel moment l'"échelle" est telle qu'elle atteint le niveau "commercial".

8. Dans notre communication écrite, nous avons montré qu'un examen des faits à la lumière du sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" indique que dans des circonstances où les quantités (en volume ou en valeur) concernées sont relativement élevées, on constatera habituellement la présence d'une "échelle commerciale". Par exemple, un individu qui offre de vendre 500 bouteilles de détergent à lessive exerce manifestement son activité à une échelle commerciale. Par conséquent, la définition de certains seuils minimaux est un moyen approprié de mettre au moins en évidence ces situations présumées de vente à une échelle commerciale.

9. Par ailleurs, le Japon a également expliqué que des quantités bien moindres (en volume ou en valeur) pouvaient encore constituer une vente à une "échelle commerciale" compte tenu des circonstances de la situation. Ainsi, par exemple, lorsque des marchandises contrefaites sont vendues dans un magasin, même des quantités relativement faibles de ces marchandises seraient susceptibles de constituer une vente à une échelle "commerciale".<sup>7</sup> De la même manière, il pourrait aussi être considéré qu'un vendeur ambulancier, qui est appréhendé en possession de quelques sacs à main de collection seulement qu'il offre de vendre aux passants, exerce son activité à une "échelle commerciale". Dans le même ordre d'idées, même lorsqu'un magasin ne propose à la vente qu'un ou quelques-uns de tels sacs à main, on peut néanmoins présumer que cette activité s'effectue à une "échelle commerciale", en raison du caractère professionnel de l'activité. À l'inverse, il existe manifestement des circonstances où seulement le nombre (volume) des marchandises, ou leur valeur, ne pourrait pas en soi être suffisant pour démontrer le caractère "commercial" de l'"échelle". Cependant, dans de tels cas, une évaluation plus complète des circonstances pourrait toujours permettre de conclure que le critère "à l'échelle commerciale" est atteint.

B. L'HISTORIQUE DE LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONFIRME CETTE INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 61

10. Dans notre communication écrite, nous avons mentionné la discussion qui s'est tenue au Groupe de négociation sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du GATT sur l'expression "échelle commerciale" où il a été fait mention d'un document de l'OMPI où la même expression était utilisée.<sup>8</sup>

11. Le Japon se félicite de constater que la Chine semble faire valoir que ce document confirme la nécessité d'évaluer ponctuellement, au cas par cas, si le critère "à l'échelle commerciale" a été atteint.<sup>9</sup> Cependant, même si l'on suit cette interprétation, le Japon tient à noter que cela ne veut pas dire qu'il ait laissé aux Membres toute latitude pour déterminer s'ils se conforment au critère énoncé à l'article 61. Rien n'indique que ce critère est tel qu'un Groupe spécial de l'OMC ne pourrait pas examiner si les décisions prises par un Membre pour déterminer le moment auquel le critère "à une échelle commerciale" est atteint, ou pour formuler sa législation de manière à couvrir les situations où ce critère est atteint, sont compatibles avec la prescription expresse énoncée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

12. Le Japon se reporte aussi à l'avis de la Chine selon lequel la référence faite au document de l'OMPI, ainsi que l'utilisation de l'expression dans un certain autre contexte, sembleraient indiquer d'une certaine façon que l'expression "échelle commerciale" serait "analogue à une production

---

<sup>7</sup> Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 13.

<sup>8</sup> Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 22; document MTN.GNG/NG11/7, paragraphe 35 (21 juin 1988).

<sup>9</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 74.

industrielle continue".<sup>10</sup> Mais surtout, le sens ordinaire du mot "commercial" confirme que les Membres ne sont pas convenus d'un critère "à l'échelle industrielle". S'ils l'avaient fait, ils n'auraient pas utilisé le mot "commercial" qui, ainsi que nous l'avons mentionné ci-dessus, a un sens plus étendu qui renvoie à l'action d'acheter et de vendre, à des éléments organisationnels, etc. Si les Membres étaient convenus d'un critère plus restreint, le texte aurait mentionné "à une échelle industrielle" ou dans le cadre d'"opérations continues". Le mot "commercial" a un sens ordinaire plus étendu que cela.

13. Le Japon ne voit pas non plus comment l'utilisation du mot "fabrication" dans le document de l'OMPI modifierait cette interprétation. L'Accord sur les ADPIC traite de l'utilisation et de la vente de produits de contrefaçon. Lorsque le Comité de l'OMPI a examiné l'expression "échelle commerciale" dans le contexte particulier de la "fabrication", il n'a nullement indiqué que l'activité de contrefaçon devait s'effectuer à une échelle "analogue à une production industrielle continue".<sup>11</sup> Il s'est plutôt simplement trouvé qu'il discutait du concept d'"échelle commerciale" dans le contexte de l'activité de fabrication.

14. En fait, ailleurs dans le même document, le Comité de l'OMPI adopte une approche plus large et indique que le concept d'"échelle commerciale" est pertinent pour déterminer si certains actes prenant la forme d'un conditionnement, d'une exportation et importation, d'une offre à la vente, à la location, en prêt ou sous toute autre forme de distribution et d'autres formes d'opérations constituent une forme de contrefaçon au titre des Dispositions types de l'OMPI.<sup>12</sup> Par conséquent, à part ce que semble proposer la Chine, il n'y a pas de lien obligatoire entre la "fabrication" et l'"échelle commerciale".

### **III. PERTINENCE DES AUTRES PRINCIPES ÉNONCÉS DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC**

15. Le Japon note tout d'abord que dans le cas de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres étaient convenus d'une norme spécifique à laquelle tous les Membres de l'OMC devaient se conformer. En fait, l'article 61 impose aux Membres l'obligation explicite (emploi du temps futur) de prévoir des procédures et sanctions pénales "au moins" lorsque les atteintes portées à des droits atteignent une "échelle commerciale". Le Japon ne croit pas que les dispositions que la Chine mentionne comme contexte sont telles qu'elles modifient le sens de cette disposition ou norme expressément convenue. Le Japon note également que, sur la base du principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités, de telles dispositions ne pourraient pas en tout état de cause être lues de manière à exclure de l'Accord la norme expressément convenue par les Membres à l'article 61.

#### **A. ARTICLE 1:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

16. Le Japon commence par faire observer que la quasi-totalité de la discussion que la Chine consacre à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC dans sa première communication écrite (paragraphe 93 à 97) concerne en fait l'historique de la négociation générale de l'Accord sur les ADPIC – et non l'interprétation spécifique de l'article 1:1 dudit accord. Le Japon indique qu'il ne voit pas comment des déclarations générales faites par certains Membres concernant l'Accord sur les ADPIC dans son ensemble modifieraient le sens juridique de dispositions particulières de l'Accord convenues par tous les Membres qui imposent expressément certaines obligations aux Membres de l'OMC. Selon le Japon, il n'est pas approprié d'attribuer ce type de pertinence globale à des déclarations générales faites par certains Membres pendant la négociation d'un accord pour interpréter

---

<sup>10</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 76.

<sup>11</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 76.

<sup>12</sup> Comité d'experts sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie de l'OMPI, Dispositions types pour les lois nationales, C&P/CE/2, distribuées les 18 et 19 février 1998, paragraphe 34.

des dispositions expresses et individuelles dudit accord. Il ne serait pas juste de modifier le sens du libellé explicitement convenu par tous les Membres sur la base des déclarations générales faites par certains Membres pendant la négociation de l'accord.

17. Le Japon fait aussi observer qu'un examen du texte intégral de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC montre que, dans l'ensemble, il faudrait en donner une lecture qui exige des Membres qu'"ils donnent effet" aux obligations expresses énoncées ailleurs dans l'Accord – c'est-à-dire de mettre l'Accord en œuvre dans leur droit interne. Le texte intégral de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC est libellé comme suit:

"Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord. Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques." (non souligné dans l'original)

18. Autrement dit, l'article 1:1 traite principalement de l'obligation qu'ont les Membres d'appliquer – c'est-à-dire de mettre en œuvre dans leur droit interne – les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ("donneront effet aux dispositions du présent accord"). La première phrase de la disposition prévoit que les Membres ont l'obligation générale de le faire. La deuxième phrase dispose que les Membres pourraient, mais sans en avoir l'obligation, mettre en œuvre une protection plus large que celle qu'ils n'accordent actuellement, pour autant que cette protection additionnelle ne soit pas requise aux termes des dispositions de l'Accord. La troisième phrase – à laquelle se reporte la Chine – dispose que "[l]es Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques". Ainsi que l'Organe d'appel l'a expliqué, "[l]es Membres sont donc libres de déterminer comment s'acquitter au mieux de leurs obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques".<sup>13</sup> Cela étant, on ne saurait donner de cette disposition une lecture qui d'une manière ou d'une autre signifierait que les Membres sont libres de modifier leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'ils les mettent en œuvre dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux.

19. Par ailleurs, une interprétation différente de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC - c'est-à-dire une interprétation qui permettrait aux Membres de ne pas imposer de procédures et sanctions pénales pour certains actes de contrefaçon commis à une "échelle commerciale" - serait contraire au principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités. Si la dernière phrase de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC était lue de manière à transformer la prescription explicite énoncée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC – prévoir des procédures pénales et des peines – en la capacité discrétionnaire des Membres de prévoir d'autres types de procédures et de sanctions (ou en fait de ne rien prévoir du tout), cela reviendrait en fait à en donner une lecture qui exclurait de l'Accord l'obligation expresse énoncée à l'article 61.

#### B. ARTICLE 41:5 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

20. Selon ses termes, l'article 41:5 ne traite pas de la question de la criminalisation en tant que telle à laquelle nous nous intéressons en l'espèce, c'est-à-dire la question de savoir si un Membre de l'OMC a dûment établi des procédures et des sanctions pénales pour les actes de contrefaçon et de

---

<sup>13</sup> Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 59 (WT/DS50/AB/R, 16 janvier 1998).

piratage commis à une échelle commerciale ainsi que l'envisage l'article 61.<sup>14</sup> Tout au plus, les principes énoncés à l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC nous disent quelque chose au sujet des ressources qu'un Membre de l'OMC doit consacrer à l'engagement de telles procédures et à l'application de telles sanctions pour les actes de contrefaçon commis à une échelle commerciale par opposition à celles qui sont nécessaires pour faire respecter la loi en général. Cependant, quelle que soit la signification de ces principes généraux, on ne saurait donner une lecture de l'article 41:5 qui soit contraire à la prescription spécifique de l'article 61 voulant que certaines atteintes soient criminalisées. Bien entendu, chaque fois qu'un comportement particulier est criminalisé, cela se traduit par une charge de travail additionnelle pour les procureurs publics ou les cours pénales. Les Membres de l'OMC qui ont rédigé l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC en étaient certainement conscients, mais ils sont néanmoins convenus de criminaliser certaines formes de contrefaçon et de piratage au regard d'un critère commun ("à l'échelle commerciale").

21. La Chine semble donner à entendre que pour décider du moment à partir duquel des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur doivent être criminalisés, un Membre de l'OMC est en fin de compte libre de déterminer si ces atteintes sont une menace pour l'ordre public national<sup>15</sup>, ou d'apprécier comment les sanctionner par rapport aux autres délits commerciaux.<sup>16</sup> Cette approche ne tient pas compte du libellé explicite de l'article 61 et de l'obligation formelle qui y est énoncée, aux termes desquels la question capitale pour décider du moment à partir duquel des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce (ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur) doivent être criminalisés est celle de savoir si ces infractions ont atteint une "échelle commerciale". Cette prescription minimale communément définie doit être interprétée suivant les principes de la Convention de Vienne et non selon le jugement que porte unilatéralement un Membre de l'OMC sur ses exigences en matière d'ordre public ou sur le lien avec d'autres comportements commerciaux qu'il a décidé de criminaliser (sans que le droit de l'OMC ne prescrive de le faire).

#### IV. CONCLUSION

22. Pour les raisons exposées ci-dessus et dans notre communication écrite, le Japon croit que l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 devrait être interprétée comme imposant aux Membres l'obligation de prévoir des procédures et sanctions pénales non seulement dans les cas qui impliquent un nombre relativement important de marchandises contrefaites ou des marchandises d'une valeur considérable, mais également dans ceux où le nombre ou la valeur des marchandises concernées est moindre mais qui équivalent quand même à des actes de contrefaçon commis à une échelle commerciale en raison de facteurs qualitatifs particuliers (par exemple éléments organisationnels, fréquence).

---

<sup>14</sup> La question qui se pose dans le présent différend n'est pas celle de savoir si la Chine doit mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général.

<sup>15</sup> Par exemple, première communication écrite de la Chine, paragraphes 40 et 137.

<sup>16</sup> Par exemple, première communication écrite de la Chine, paragraphes 62 ou paragraphes 117 et suivants.

## ANNEXE C-12

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CORÉE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. La présente communication du gouvernement de la République de Corée ("Corée") en tant que tierce partie porte sur certains aspects des premières communications écrites des États-Unis et de la République populaire de Chine ("Chine"), datées respectivement du 30 janvier 2008 et du 12 mars 2008, dans l'affaire *Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (DS362).

2. La Corée a des intérêts systémiques dans l'interprétation et l'application de diverses dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). Par conséquent, elle a réservé ses droits de tierce partie conformément à l'article 10:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord"). La Corée se félicite d'avoir l'occasion d'exposer ses vues au Groupe spécial.

#### II. ARGUMENT JURIDIQUE

A. AFIN D'ÉTABLIR *PRIMA FACIE* LE BIEN-FONDÉ DE SON ALLÉGATION, UN MEMBRE ALLÉGUANT UNE VIOLATION DOIT PRÉSENTER DES ÉLÉMENTS DE PREUVE FACTUELS ET DES ARGUMENTS JURIDIQUES SUFFISANTS POUR DÉMONTRER L'INCOMPATIBILITÉ DE L'ACTION CONTESTÉE PAR UN AUTRE MEMBRE AVEC L'ACCORD DE L'OMC PERTINENT

3. Selon la Corée, pour satisfaire au critère *prima facie*, il faut présenter des éléments de preuve factuels et des arguments juridiques "suffisants pour démontrer" l'incompatibilité de l'action contestée avec l'obligation du Membre défendeur. En tant que règle de base, un Membre alléguant la violation d'une disposition des Accords de l'OMC par un autre Membre doit "établir et prouver son allégation" en avançant "des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer" l'incompatibilité de l'action contestée avec les obligations incombant au Membre défendeur au titre des Accords de l'OMC.

4. La Corée croit que le critère *prima facie* est particulièrement significatif dans le présent différend car l'une des grandes questions en cause concerne le mécanisme des mesures répressives et activités connexes d'un État Membre. Ainsi que le souligne la Chine, l'examen et l'évaluation du mécanisme des mesures répressives nationales d'un Membre devraient s'effectuer de façon minutieuse, afin de ne pas empiéter sur la souveraineté nationale du Membre.

5. Afin de garantir que son examen ne se déroulera qu'en présence d'éléments de preuve suffisants et d'arguments juridiques convaincants et pour éviter que l'examen du régime d'exécution forcée par voie pénale d'un Membre ne donne lieu à une controverse inutile, le Groupe spécial doit appliquer rigoureusement le critère *prima facie*.



B. LE SEUIL D'INFRACTION PÉNALE FIXÉ PAR LA CHINE EST ARBITRAIRE ET LA CHINE N'A DONC PAS IMPOSÉ DE SANCTIONS PÉNALES EFFICACES POUR LES ACTES DÉLIBÉRÉS DE CONTREFAÇON DE MARQUE DE FABRIQUE OU DE COMMERCE ET DE PIRATAGE PORTANT ATTEINTE À UN DROIT D'AUTEUR COMMIS À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE"

6. Ainsi que la Chine le reconnaît également, elle applique des sanctions pénales pour les actes de contrefaçon et de piratage lorsque ceux-ci sont commis à une échelle suffisante pour dépasser les seuils minimaux à partir desquels des moyens pénaux sont mis en œuvre.<sup>1</sup> Selon la Chine, l'établissement d'un tel seuil dans le système pénal a pour but "d'indiquer le stade auquel – selon son jugement réfléchi – une activité prohibée menace l'ordre public et justifie le recours relativement coûteux et lourd au système pénal et son incidence concomitante pour les droits des personnes".<sup>2</sup> En tant que tels, les seuils minimaux pour divers délits portant atteinte à des DPI varient et vont de 30 000 RMB à 50 000 RMB en termes de volume des ventes. Toute violation qui est inférieure au seuil applicable n'est donc pas passible de sanctions pénales.

7. Bien que la Chine offre de longues explications sur son système de droit pénal et son mécanisme des seuils dans sa première communication écrite, on ne comprend pas très bien pourquoi le gouvernement chinois a établi comme seuil d'infraction pénale minimal un montant particulier. La Corée croit que la Chine n'a pas fourni de raison ni de justification convaincantes à l'introduction du système des seuils minimaux et à l'adoption de seuils particuliers.

8. Ce qui est clair, par ailleurs, c'est qu'une certaine catégorie de violations des DPI, qui pourrait être considérable selon les allégations des États-Unis, reste simplement impunie, du moins au niveau pénal. Somme toute, le seuil d'infraction pénale fixé par la Chine exclut simplement de manière arbitraire certaines des atteintes portées aux DPI de l'application de sanctions pénales, ce qui n'est pas compatible avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Nulle part dans le texte de l'article 61 ne figure de justification juridique permettant à un Membre d'exclure carrément un certain groupe d'atteintes sur la base de son propre jugement et de sa propre évaluation.

9. De plus, s'agissant de l'expression "échelle commerciale", la Corée ne souscrit pas à la thèse de la Chine selon laquelle un Membre jouit d'une entière latitude pour interpréter et appliquer l'expression "échelle commerciale". L'expression devrait être interprétée sur la base des principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et, de l'avis de la Corée, l'interprétation avancée par les États-Unis semble être plus appropriée à cet égard.

10. De l'avis de la Corée, il semble que cette expression désigne des activités d'une certaine ampleur, laquelle ne doit pas nécessairement être "considérable". D'un point de vue pratique, la Corée croit que dans ce contexte l'expression "une certaine ampleur" devrait désigner le fait d'exercer ou de maintenir une activité commerciale, grande ou petite, dans le but de réaliser des bénéfices en portant atteinte à des DPI de façon plus ou moins systématique. Autrement dit, dans la mesure où une personne ou une entité se livre à une activité commerciale en portant atteinte aux DPI d'une autre personne ou entité et réalise des bénéfices, il faudrait considérer qu'elle viole des DPI à une "échelle commerciale", quel que soit le montant allégué en cause.

11. La Corée relève aussi qu'une sanction appliquée à l'issue d'une procédure administrative est habituellement différente, tant par son niveau que par sa qualité, de la sanction appliquée à l'issue d'une procédure pénale. La plupart du temps, les sanctions pénales ont un effet plus dissuasif. L'argument avancé par la Chine ne semble donc pas convaincant à cet égard.

---

<sup>1</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 17.

<sup>2</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.

C. LA CHARGE DE LA PREUVE QUI INCOMBE À LA PARTIE PLAIGNANTE N'EST PAS PARTICULIÈREMENT LOURDE LORSQU'IL S'AGIT DE SOUTENIR L'ALLÉGATION FORMULÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

12. Il se pourrait fort bien qu'un État partie à un traité ait le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment s'acquitter au niveau intérieur d'une obligation conventionnelle concernant les mesures répressives.<sup>3</sup> Mais la situation serait complètement différente si une certaine catégorie de délits restait simplement impunie, même si la disposition conventionnelle pertinente exigeait explicitement de les sanctionner. En l'espèce, il n'est plus question de pouvoir discrétionnaire, mais de dérogation à une obligation conventionnelle.

13. Par ailleurs, aux termes du système actuel de règlement des différends de l'OMC, on ne saurait faire valoir que la charge de la preuve qui incombe à un plaignant est plus lourde que dans d'autres affaires, simplement parce que le plaignant soulève une question concernant des mesures répressives. D'après ce que croit savoir la Corée, ni l'Accord sur les ADPIC ni le Mémorandum d'accord ne différencient un critère de la charge de la preuve selon la nature des allégations.

14. En outre, pour traiter de cette question, la justification ou l'explication avancée par la Chine en ce qui concerne la promulgation de la législation et de la réglementation en cause ne devrait pas être déterminante. Par exemple, la Chine ne peut pas chercher à justifier sa violation alléguée, le cas échéant, en se fondant sur des arguments tels que "le droit pénal chinois recourt généralement à un système de seuils"<sup>4</sup> ou "il est nécessaire d'adopter un système de seuils en Chine".<sup>5</sup>

15. Ce qui devrait plutôt être déterminant dans le présent examen c'est les questions de savoir si les dispositions de la législation et de la réglementation chinoises qui sont contestées représentent effectivement une mise en œuvre de bonne foi de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC et si cette législation et cette réglementation permettent de s'acquitter pleinement de l'obligation énoncée dans cet article.

### III. CONCLUSION

16. La Corée se félicite d'avoir l'occasion de participer à la présente procédure et de présenter ses vues au Groupe spécial.

---

<sup>3</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 52 à 57.

<sup>4</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.

<sup>5</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.

## ANNEXE C-13

### DÉCLARATION ORALE DE LA CORÉE

1. La République de Corée ("Corée") se félicite d'avoir l'occasion de présenter ses vues au Groupe spécial en tant que tierce partie dans ce différend important. Dans sa déclaration, la Corée présente un aperçu des grandes questions abordées dans sa communication en tant que tierce partie datée du 26 mars 2008.

#### **I. AFIN D'ÉTABLIR *PRIMA FACIE* LE BIEN-FONDÉ DE SON ALLÉGATION, UN MEMBRE ALLÉGUANT UNE VIOLATION DOIT PRÉSENTER DES ÉLÉMENTS DE PREUVE FACTUELS ET DES ARGUMENTS JURIDIQUES SUFFISANTS POUR DÉMONTRER L'INCOMPATIBILITÉ DE L'ACTION CONTESTÉE PAR UN AUTRE MEMBRE AVEC L'ACCORD DE L'OMC PERTINENT**

2. Selon la Corée, pour satisfaire au critère *prima facie*, il faut présenter des éléments de preuve factuels et des arguments juridiques "suffisants pour démontrer" l'incompatibilité de l'action contestée avec l'obligation du Membre défendeur. La Corée croit que le critère *prima facie* est particulièrement significatif dans le présent différend car l'une des grandes questions en cause concerne le mécanisme des mesures répressives et activités connexes d'un État Membre. Ainsi que le souligne la Chine, l'examen et l'évaluation du mécanisme des mesures répressives nationales d'un Membre devraient s'effectuer de façon minutieuse, afin de ne pas empiéter sur la souveraineté nationale du Membre.

3. Afin de garantir que son examen ne se déroulera qu'en présence d'éléments de preuve suffisants et d'arguments juridiques convaincants et pour éviter que l'examen du régime d'exécution forcée par voie pénale d'un Membre ne donne lieu à une controverse inutile, le Groupe spécial doit appliquer rigoureusement le critère *prima facie*.

#### **II. LE SEUIL D'INFRACTION PÉNALE FIXÉ PAR LA CHINE EST ARBITRAIRE ET LA CHINE N'A DONC PAS IMPOSÉ DE SANCTIONS PÉNALES EFFICACES POUR LES ACTES DÉLIBÉRÉS DE CONTREFAÇON DE MARQUE DE FABRIQUE OU DE COMMERCE ET DE PIRATAGE PORTANT ATTEINTE À UN DROIT D'AUTEUR COMMIS À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE"**

4. Ainsi que la Chine le reconnaît également, elle applique des sanctions pénales pour les actes de contrefaçon et de piratage lorsque ceux-ci sont commis à une échelle suffisante pour dépasser les seuils minimaux à partir desquels des moyens pénaux sont mis en œuvre. Bien que la Chine offre de longues explications sur son système de droit pénal et son mécanisme des seuils dans sa première communication écrite, on ne comprend pas très bien pourquoi le gouvernement chinois a établi comme seuil d'infraction pénale minimal un montant particulier.

5. Ce qui est clair, par ailleurs, c'est qu'une certaine catégorie de violations des DPI, qui pourrait être considérable selon les allégations des États-Unis, reste simplement impunie, du moins au niveau pénal. Somme toute, le seuil d'infraction pénale fixé par la Chine exclut simplement de manière arbitraire certaines des atteintes portées aux DPI de l'application de sanctions pénales, ce qui n'est pas compatible avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

6. De plus, s'agissant de l'expression "échelle commerciale", de l'avis de la Corée, il semble que cette expression désigne des activités d'une certaine ampleur, laquelle ne doit pas nécessairement être "considérable". D'un point de vue pratique, la Corée croit que dans ce contexte l'expression "une certaine ampleur" devrait désigner le fait d'exercer ou de maintenir une activité commerciale, grande

ou petite, dans le but de réaliser des bénéfices en portant atteinte à des DPI de façon plus ou moins systématique. Autrement dit, dans la mesure où une personne ou une entité se livre à une activité commerciale en portant atteinte aux DPI d'une autre personne ou entité et réalise des bénéfices, il faudrait considérer qu'elle viole des DPI à une "échelle commerciale", quel que soit le montant allégué en cause.

7. La Corée relève aussi qu'une sanction appliquée à l'issue d'une procédure administrative est habituellement différente, tant par son niveau que par sa qualité, de la sanction appliquée à l'issue d'une procédure pénale. La plupart du temps, les sanctions pénales ont un effet plus dissuasif. L'argument avancé par la Chine ne semble donc pas convaincant à cet égard.

### **III. LA CHARGE DE LA PREUVE QUI INCOMBE À LA PARTIE PLAIGNANTE N'EST PAS PARTICULIÈREMENT LOURDE LORSQU'IL S'AGIT DE SOUTENIR L'ALLÉGATION FORMULÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

8. Aux termes du système actuel de règlement des différends de l'OMC, on ne saurait faire valoir que la charge de la preuve qui incombe à un plaignant est plus lourde que dans d'autres affaires, simplement parce que le plaignant soulève une question concernant des mesures répressives. D'après ce que croit savoir la Corée, ni l'Accord sur les ADPIC ni le Mémoire d'accord ne différencient un critère de la charge de la preuve selon la nature des allégations.

9. En outre, pour traiter de cette question, la justification ou l'explication avancée par la Chine en ce qui concerne la promulgation de la législation et de la réglementation en cause ne devrait pas être déterminante. Par exemple, la Chine ne peut pas chercher à justifier sa violation alléguée, le cas échéant, en avançant des arguments tels que "le droit pénal chinois recourt généralement à un système de seuils" ou "il est nécessaire d'adopter un système de seuils en Chine".

10. Ce qui devrait plutôt être déterminant dans le présent examen c'est les questions de savoir si les dispositions de la législation et de la réglementation chinoises qui sont contestées représentent effectivement une mise en œuvre de bonne foi de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC et si cette législation et cette réglementation permettent de s'acquitter pleinement de l'obligation énoncée dans cet article.

11. La Corée se félicite d'avoir l'occasion de participer à la présente procédure et de présenter ses vues au Groupe spécial.

## ANNEXE C-14

### COMMUNICATION DU MEXIQUE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

#### I. INTRODUCTION

1. Le gouvernement du Mexique se félicite d'avoir l'occasion d'exposer ses vues dans la présente procédure. Le Mexique participe au présent différend en tant que tierce partie parce qu'en ne mettant pas dûment en œuvre ses obligations au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"), la Chine a causé un préjudice à des sociétés mexicaines.

2. Le Mexique note que les États-Unis d'Amérique ("États-Unis") et la Chine ne s'entendent pas sur la teneur précise des lois et politiques chinoises pertinentes en cause. Conscient de ces désaccords, le Mexique fera porter ses observations sur l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC concernant les seuils régissant l'application de sanctions pénale et l'engagement de procédures. Cependant, le Mexique se réserve le droit de formuler des observations sur les autres allégations avancées par les États-Unis dans le présent différend.

#### II. CHARGE DE LA PREUVE

3. Aux paragraphes 49 à 59 de sa première communication écrite, la Chine fait valoir que "la charge de la preuve qui incombe aux États-Unis est particulièrement lourde lorsqu'il s'agit de soutenir l'allégation selon laquelle la Chine ne s'est pas acquittée de son obligation au titre de l'article 61". Le Mexique n'est pas d'accord. En l'espèce, c'est la charge normale de la preuve, où le plaignant doit prouver *prima facie* le bien-fondé de chacune de ses allégations, qui s'applique.

4. Les questions soulevées par la Chine concernant le caractère des mesures régies par l'article 61 pourraient être utiles pour comprendre le contexte de cette disposition dans l'Accord sur les ADPIC et, par conséquent, pour interpréter son sens. Cependant, contrairement à ce que fait valoir la Chine, elles ne justifient pas une "une charge notablement plus lourde que celle qui [...] incomberait normalement [aux États-Unis, en tant que partie plaignante]".

#### III. SEUILS RÉGISSANT L'APPLICATION DE SANCTIONS PÉNALES ET L'ENGAGEMENT DE PROCÉDURES

5. Dans le cadre de sa défense contre l'allégation des États-Unis au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, la Chine a examiné, entre autres questions, la nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et la question associée de l'affectation de ressources publiques limitées aux mesures répressives. Comme la contestation des États-Unis au titre de l'article 61 se limite aux lois de la Chine concernant l'application de sanctions pénales et l'engagement de procédures, le Mexique se bornera à formuler des observations sur cette question. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et l'affectation de ressources à l'application effective de ces lois et règlements ne sont pas des questions portées devant le présent Groupe spécial.

6. Les États-Unis allèguent que les lois pénales de la Chine maintiennent des "boucliers pénaux" qui permettent de mener des opérations de contrefaçon et de piratage à une échelle commerciale sans craindre de poursuites ni de condamnations pénales. Les lois établissent des boucliers pénaux en interdisant les poursuites et les sanctions pénales pour les actes de piratage et de contrefaçon sauf si les seuils quantitatifs spécifiques établis dans la législation chinoise sont atteints. Selon les États-Unis, ces critères fournissent aux contrefacteurs ou aux pirates un guide clair pour mener leurs

activités sans s'exposer à des sanctions pénales pour les atteintes portées à des DPI à une échelle commerciale.<sup>1</sup>

7. La Chine répond que les États-Unis comprennent mal les lois applicables et que la Chine a pleinement prévu que des procédures et sanctions pénales s'appliqueraient au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale.

8. La principale question soulevée dans le contexte de cette allégation est le sens de l'expression "échelle commerciale". Les États-Unis fondent leur allégation sur l'interprétation suivante:

"le concept d'"échelle commerciale" s'applique ... à ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser des "bénéfices" sur le marché et qui, par définition, opèrent donc à une échelle commerciale".<sup>2</sup>

9. La Chine ne souscrit pas à cette interprétation et fait entre autres valoir ce qui suit:

"Les États-Unis affirment que si des opérations sont menées à une fin commerciale, elles le sont nécessairement à une "échelle commerciale". Cela revient à donner une lecture du concept d'"échelle" qui en exclut complètement la définition. En effet, les États-Unis ont proposé que le Groupe spécial donne une lecture de l'expression "échelle commerciale" qui signifie "fin commerciale".<sup>3</sup>

La Chine fait valoir que l'expression "échelle commerciale" désigne une "activité d'une ampleur considérable"<sup>4</sup> et une "entreprise commerciale viable".<sup>5</sup>

10. Le Mexique partage l'avis des États-Unis selon lequel le concept d'"échelle commerciale" s'applique à ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser des "bénéfices" sur le marché et qui, par définition, opèrent donc à une échelle commerciale. Autrement dit, le Mexique croit comprendre que l'expression "échelle commerciale" doit englober des activités qui vont au-delà des atteintes accidentelles ou occasionnelles qui ne sont pas commises dans le but de générer un revenu. Cela dit, de l'avis du Mexique, même selon l'interprétation que donne la Chine de l'expression "échelle commerciale", la législation chinoise n'est pas conforme à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. En raison de l'existence des "boucliers pénaux" mentionnés par les États-Unis, la Loi chinoise ne "prévoit[t] [pas] des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur" même dans les cas qui constituent une "activité d'une ampleur considérable" ou une "entreprise commerciale viable".

11. La Chine résume comme suit ses seuils régissant l'engagement de procédures pénales:

"En somme, aux termes de la loi chinoise, l'apposition d'une marque de fabrique enregistrée contrefaite est un délit si le volume des activités illégales est d'au moins 50 000 RMB (environ 6 925 dollars) ou si les gains illicites (profits) sont d'au moins 30 000 RMB (environ 4 155 dollars) (article 213); la vente de marchandises sur

---

<sup>1</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 4 et 5.

<sup>2</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110. Les États-Unis présentent deux types d'activités qui répondent à la définition d'"échelle commerciale" mais précisent que "la présente communication porte essentiellement sur le premier type d'activités".

<sup>3</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 67.

<sup>4</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 4, 61 et 62, 64, 72 et 117.

<sup>5</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 133.

lesquelles est apposée une telle marque est un délit si le volume des ventes est d'au moins 50 000 RMB (article 214); et la production ou la vente de telles marques est un délit si le volume des activités illicites est d'au moins 50 000 RMB, si les gains illicites représentent au moins 30 000 RMB, ou s'il existe au moins 20 000 copies contrefaites d'articles de marque (article 215).

La reproduction et/ou la distribution non autorisées de diverses œuvres sont un délit si l'un des seuils suivants est atteint: les gains illicites représentent au moins 30 000 RMB, le volume des activités illicites est d'au moins 50 000 RMB, ou il existe au moins 500 copies contrefaites (article 217); et la vente de copies pirates est un délit si les gains illicites représentent au moins 100 000 RMB (environ 13 850 dollars) (article 218)."<sup>6</sup>

12. Les États-Unis ont démontré dans leur première communication et dans leurs pièces justificatives qu'il existe en Chine un nombre considérable d'opérations qui n'atteignent pas ces seuils. C'est un élément de preuve *prima facie* que de telles opérations sont viables sur le plan commercial. Par ailleurs, bien qu'elles soient de faible envergure, elles sont manifestement "considérables".

13. Le Mexique estime comme la Chine que les pouvoirs publics nationaux devraient jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour établir et appliquer leurs procédures pénales respectives, et que l'Accord sur les ADPIC n'exige pas une approche uniforme de ces questions. Cela dit, les États-Unis ont prouvé qu'en raison d'une combinaison de facteurs - les niveaux auxquels sont fixés les seuils régissant l'engagement de poursuites, la manière dont sont calculées les valeurs et l'exclusion complète ("bouclier pénal") des personnes exerçant leurs activités à des niveaux inférieurs aux seuils - la législation chinoise semble avoir pour effet d'encourager, plutôt que de décourager, la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et le piratage portant atteinte à des droits d'auteur.

14. Cette situation est rendue possible parce qu'il est permis à des personnes de se livrer à la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et au piratage portant atteinte à un droit d'auteur sur une base continue, en ayant l'assurance de pouvoir échapper à toute poursuite si elles se contentent simplement de mener leurs activités commerciales en deçà de certains niveaux. Compte tenu en particulier de la façon dont le piratage portant atteinte à un droit d'auteur s'effectue en Chine - où de grandes quantités d'articles contrefaits sont distribués par l'intermédiaire de nombreux petits établissements - la législation chinoise ne semble pas prévoir l'application de sanctions pénales pour les actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale au sens de la première phrase de l'article 61.

#### IV. CONCLUSION

15. Le gouvernement du Mexique se félicite de l'occasion qui lui est donnée de participer à la présente procédure en tant que tierce partie et d'exposer ses vues sur ces questions juridiques importantes concernant la mise en œuvre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC par la Chine. Le Mexique suivra de près l'évolution de cette question et est disposé à répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait vouloir lui poser.

---

<sup>6</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 20 et 21.

## ANNEXE C-15

### DÉCLARATION ORALE DU MEXIQUE

#### I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, le Mexique traitera des questions portées devant le présent Groupe spécial qui concernent l'interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). En particulier, le Mexique se penchera sur l'interprétation appropriée de l'expression "échelle commerciale" et les raisons pour lesquelles les seuils régissant l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales prévus par la législation chinoise sont incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 61.

#### II. INTERPRÉTATION DE L'EXPRESSION "ÉCHELLE COMMERCIALE"

2. La première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es Membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". En vertu de cette disposition, les Membres sont tenus d'établir des procédures et sanctions pénales qui doivent à *tout le moins* s'appliquer aux *actes délibérés* de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui sont commis à une *échelle commerciale*. En somme, l'article 61 exige des Membres qu'ils criminalisent les activités visées qui sont menées à une échelle commerciale.

3. Ce qui est en cause dans le présent différend, c'est la question de savoir si, en établissant ces critères quantitatifs régissant l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales, la Chine a mis fin à la criminalisation des activités ciblées au titre de l'article 61. Ainsi que le résume la Chine au paragraphe 60 de sa première communication écrite, "[l]e sens et la portée de l'expression "échelle commerciale" sont au cœur du différend entre les États-Unis et la Chine". Cependant, ce que la Chine essaie de faire dans sa première communication écrite c'est de donner une interprétation de l'expression "échelle commerciale" qui en soi exclut certaines activités à vocation commerciale et certains actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur de l'engagement de procédures et de l'application de sanctions pénales.

4. La Chine fait valoir que l'expression "échelle commerciale" désigne une "activité d'une ampleur considérable"<sup>1</sup> et une "entreprise commerciale viable".<sup>2</sup> Les États-Unis font au contraire valoir ce qui suit:

"le concept d'"échelle commerciale" s'applique ... à ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser des "bénéfices" sur le marché et qui, par définition, opèrent donc à une échelle commerciale".<sup>3</sup>

5. Ces interprétations divergentes ont des conséquences très différentes. La Chine adopte une approche étroite de l'interprétation de l'expression "échelle commerciale", alors que les États-Unis suivent une approche plus large. Le Mexique prend aussi bonne note des interprétations du Canada<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 4, 61 et 62, 64, 72 et 117.

<sup>2</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 133.

<sup>3</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.

<sup>4</sup> Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 5.



de la Corée<sup>5</sup> et du Brésil<sup>6</sup> selon lesquelles l'expression "échelle commerciale" évoque la notion de l'ampleur de la rentabilité recherchée. Autrement dit, elle s'applique à des activités qui sont significatives et menées à des fins lucratives. Cependant, ainsi que l'indique la Corée, on ne sait pas très bien pourquoi la portée de l'expression devrait être ramenée, ainsi que le fait valoir la Chine, à une "activité d'une ampleur considérable".<sup>7</sup>

6. Le fait d'exiger que les activités soient significatives et, dans le même temps, menées pour obtenir un avantage financier ne mettrait pas en évidence les cas accidentels et individuels de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Au paragraphe 15 de sa communication écrite, le Japon présente l'exemple utile d'un vendeur ambulant de sacs à main à Genève, qui contribue à la chaîne des atteintes portées à des droits attachés à une marque de fabrique ou de commerce bien qu'il mène son activité à une petite échelle. Une telle activité est manifestement significative en ce sens qu'elle contribue à la chaîne des atteintes. Comme l'article 61 a pour but de constituer un moyen de dissuasion contre les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur en recourant à des procédures pénales et à des sanctions, il serait peu logique d'exiger des Membres qu'ils n'imposent de restrictions qu'aux activités d'une "ampleur considérable".

7. L'exemple ci-dessus permet de mieux comprendre ce qui pourrait constituer une autre interprétation, pour ne pas dire une meilleure ou correcte interprétation du concept d'"échelle commerciale". De même "suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but", ainsi que le prescrit la Convention de Vienne sur le droit des traités, il conviendrait de noter que le mot "échelle" n'est pas nécessairement subordonné à des conditions d'ampleur, mais plutôt de "qualité" (même qualité).<sup>8</sup> À cet égard, les Membres n'ont aucune obligation en ce qui concerne les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à des droits d'auteur – du moins pas au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC – à moins que de tels actes ne soient commis à un niveau commercial (c'est-à-dire à une échelle commerciale).

8. La Chine fait également valoir qu'il est admissible d'interpréter l'expression "échelle commerciale" pour qu'elle se limite aux activités de fabrication ou de production industrielle, et non aux ventes au détail.<sup>9</sup> Là encore, la Chine essaie de restreindre la portée de l'expression "échelle commerciale".

9. Le Mexique convient que la grande caractéristique de l'expression "échelle commerciale" est l'avantage financier ou le profit, indépendamment du rôle que joue le contrevenant dans la distribution des produits illicites. Au paragraphe 5 de sa communication écrite, le Canada énonce clairement les raisons pour lesquelles l'interprétation de la Chine est problématique:

"À vrai dire, pour le contrevenant commercial, ainsi que pour toute autre personne exerçant une activité commerciale, la rentabilité peut être atteinte au moyen de la reproduction ou vente de grandes quantités, ou de la reproduction ou distribution de petites quantités comportant des marges élevées. Les contrevenants professionnels peuvent se livrer depuis chez eux au moyen de leurs ordinateurs portatifs à une

---

<sup>5</sup> Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 26.

<sup>6</sup> Communication du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 36.

<sup>7</sup> Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphes 26 et 30.

<sup>8</sup> Voir: Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española: 2. f. Sucesión ordenada de valores distintos de una misma cualidad [Succession ordonnée de valeurs différentes d'une seule et même qualité]. *Escala de colores, de dureza*.

<sup>9</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 73 à 78 et 133.

production et distribution de masse dont les frais généraux sont faibles et les marges élevées; il n'est pas nécessaire de disposer de chaînes de montage en usine. En associant l'expression "échelle commerciale" à la production à une échelle industrielle, la Chine fait abstraction de ces réalités économiques."

10. Le Mexique souscrit aux arguments du Canada concernant le pouvoir discrétionnaire des Membres d'engager des poursuites pour les cas insignifiants.<sup>10</sup> Tant que les Membres maintiennent les procédures et sanctions pénales qui sont nécessaires pour avoir l'effet dissuasif exigé, ils conservent la capacité d'exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites lorsque l'affaire le justifie. Mais la Chine a pris une autre approche en établissant des seuils applicables aux actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur de manière à exclure carrément certaines activités à vocation commerciale des sanctions et à empêcher de ce fait les responsables chinois d'exercer un quelconque pouvoir discrétionnaire.

### III. L'EFFET DISSUASIF DES PROCÉDURES ET SANCTIONS PÉNALES

11. L'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 61 doit être interprétée à la lumière de son contexte, ce qui inclut la deuxième phrase dudit article. La deuxième phrase est libellée en partie comme suit: "Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives ...". Par conséquent, un objectif important de l'article 61 et de l'Accord sur les ADPIC dans son ensemble est de constituer un moyen de dissuasion contre les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur.

12. Selon le Mexique, l'interprétation que donne la Chine de l'expression "échelle commerciale" empêche en soi ses procédures et sanctions pénales de constituer un moyen de dissuasion efficace contre les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur parce que les seuils excluent un volume important de ces activités. En tant que telle, cette interprétation est incompatible avec une interprétation correcte de l'expression "échelle commerciale" dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC ainsi que l'exige l'article 31 de la Convention de Vienne.

13. Le Mexique partage l'avis des États-Unis<sup>11</sup>, de la Corée<sup>12</sup> et du Canada<sup>13</sup> selon lequel la Loi pénale de la Chine établit des seuils qui sont arbitraires. Les lois et procédures pénales de la Chine n'ont pas un effet dissuasif efficace contre les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur parce que ces activités sont menées à un niveau qui est bien inférieur à ce que la Chine considère être une "échelle commerciale". La question n'est pas simplement que la Chine n'engage pas de poursuites pour les cas insignifiants d'actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur. C'est plutôt que la Chine a arbitrairement fixé des seuils qui ne permettent même pas d'engager des poursuites contre de telles activités.

14. Le Canada souligne à quel point ces seuils sont arbitraires et inefficaces en les comparant au produit intérieur brut annuel (PIB) par habitant. Par exemple l'article 213 de la *Loi pénale de la République populaire de Chine* établit que pour le délit de contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce enregistrées le seuil équivaut à un volume d'activités illicites d'au moins 50 000 RMB (environ 6 925 dollars EU) ou de gains illicites d'au moins 30 000 RMB (environ 4 155 dollars EU); or, ainsi que l'indique le Canada, le PIB par habitant de la Chine n'équivaut qu'à 2 500 dollars EU et

---

<sup>10</sup> Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 11.

<sup>11</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 151.

<sup>12</sup> Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphes 19 et 20.

<sup>13</sup> Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 3 et 4.

57 millions de personnes gagnent moins de 125 dollars EU par année. En somme, lorsqu'un fournisseur de marchandises sur lesquelles ont été apposées des marques de fabrique ou de commerce enregistrées contrefaites a accès à une main-d'œuvre dont le revenu peut-être aussi faible que 125 dollars EU par année, il pourrait alors créer une importante opération de contrefaçon qui n'atteindrait pas le seuil des 6 935 dollars EU fixé pour les activités commerciales illicites. Cela veut aussi dire que dans une région où le revenu moyen risque de n'être que de 2 500 dollars EU, les gens sont incités à participer à l'industrie des marchandises contrefaites car il leur suffit seulement de gagner moins de 4 155 dollars EU par année pour échapper au radar de l'administration chinoise. En somme, les gens pourraient gagner leur vie à temps plein avec des marchandises contrefaites sans que leurs gains ne soient suffisants pour permettre aux autorités chinoises d'engager des poursuites. Ainsi que l'a dit le Mexique dans sa communication en tant que tierce partie, la législation chinoise semble avoir pour effet d'encourager, plutôt que de décourager, la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et le piratage portant atteinte à un droit d'auteur.

#### **IV. CONCLUSION**

15. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, le gouvernement du Mexique se félicite d'avoir l'occasion de participer à la présente procédure en tant que tierce partie et de présenter ses vues sur ces importantes questions juridiques concernant la mise en œuvre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC par la Chine.

16. Le Mexique entend surveiller de près l'évolution du présent différend et il serait heureux de répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait vouloir lui poser.

## ANNEXE C-16

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU TAIPEI CHINOIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

1. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu présente cette communication en tant que tierce partie à la présente procédure parce qu'il a un intérêt systémique dans l'interprétation correcte de l'Accord sur les ADPIC.

2. La communication peut être divisée en deux parties. Dans la première partie, nous traitons de certains principes généraux que devrait observer le Groupe spécial pour procéder à une évaluation objective du différend. En particulier, nous présenterons au Groupe spécial des renvois à la jurisprudence antérieure de l'OMC. Puis, nous exposerons nos vues sur des dispositions spécifiques pertinentes et sur les mesures en cause.

#### **I. L'ACCORD SUR LES ADPIC EST UN ACCORD QUI ÉTABLIT DES NORMES MINIMALES**

3. L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC prescrit le minimum qui est exigé des Membres pour protéger les droits de propriété intellectuelle, et il leur permet d'aller au-delà de ce minimum pour appliquer des normes de protection plus rigoureuses s'ils le souhaitent. Les Membres doivent prendre les mesures juridiques et administratives nécessaires pour s'assurer qu'il est donné effet aux droits et obligations énoncées dans l'Accord, mais ils sont libres de déterminer eux-mêmes quel est le meilleur moyen de mettre en œuvre leurs obligations au titre de l'Accord dans le contexte de leurs propres systèmes juridiques. Les Membres ne doivent toutefois pas promulguer de mesures de protection qui iraient à l'encontre de ces droits et obligations.

#### **II. FONCTION DU GROUPE SPÉCIAL ET EXAMEN DE LA LÉGISLATION NATIONALE DES MEMBRES**

4. Conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause et de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents. Il devrait aussi formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

5. Ainsi que l'a noté l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* et le Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, un groupe spécial a essentiellement pour tâche d'examiner la législation nationale incriminée à la seule fin de déterminer si la partie au différend s'acquitte de ses obligations au regard de l'OMC. Ce faisant, le groupe spécial n'entreprend pas d'interpréter la législation nationale "comme telle", mais d'arrêter le sens de cette législation nationale en tant qu'éléments de fait, et de vérifier si ces éléments de fait constituent de la part de la partie un comportement qui pourrait être contraire à ses obligations au regard de l'OMC. Un groupe spécial n'est pas tenu d'accepter l'interprétation proposée par la partie en cause pour établir des constatations de fait concernant le sens de la législation nationale.

#### **III. INTERPRÉTATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

6. L'article 3:2 du Mémoire d'accord demande à l'ORD de clarifier les dispositions des Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Ainsi que l'ont noté un certain nombre de groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leurs

rapports, les règles coutumières d'interprétation du droit international public sont incorporées au texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Les principes énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne ont le statut de règles coutumières.

7. L'Accord sur les ADPIC doit donc être interprété de bonne foi sur la base du libellé, du contexte, et de l'objet et but général de l'Accord. En outre, les travaux effectués dans le cadre de la préparation du traité et les circonstances de la conclusion du traité pourraient aussi être pris en considération.

#### **IV. CHARGE DE LA PREUVE**

8. Dans leurs rapports, l'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont accepté et appliqué systématiquement les règles générales voulant que 1) la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, doit en apporter la preuve et 2) la charge de la preuve incombe à la partie, que ce soit le demandeur ou le défendeur, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier.

9. La charge de la preuve initiale incombe à la partie plaignante, qui doit établir *prima facie* l'incompatibilité avec une disposition particulière. La présentation d'éléments *prima facie* doit reposer sur "les éléments de preuve et les arguments juridiques" avancés par la partie plaignante relativement à chacun des éléments de l'allégation. En cas d'incertitude, c'est-à-dire si tous les éléments de preuve et les arguments restent en équilibre, le bénéfice du doute est accordé à la partie défenderesse. Suivant l'attribution habituelle de la charge de la preuve, la mesure d'un Membre défendeur sera traitée comme étant compatible avec les règles de l'OMC, jusqu'à ce que des éléments de preuve suffisants soient présentés pour prouver le contraire.

#### **V. LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE DE LA CHINE ET L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

10. Nous convenons que les pouvoirs de la police et l'application du droit pénal relèvent exclusivement de la juridiction souveraine des États, ce qu'il nous faut éminemment respecter. Cela dit, il y a toujours moyen d'en arriver à des compromis avec le consentement de l'État concerné. Lorsqu'ils ont conclu l'Accord sur les ADPIC ou lorsqu'ils ont accédé à l'Accord sur l'OMC, les Membres ont contracté au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC l'obligation d'adapter la portée et le niveau de leurs mesures répressives en conséquence. Il y a une obligation "minimale" convenue, à savoir un principe général selon lequel "[l]es Membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Sur la base de la règle coutumière "*pacta sunt servanda*", cette obligation lie les Membres et doit être exécutée de bonne foi.

11. Dans la présente affaire, le Groupe spécial est tenu de procéder à une évaluation objective de la question de savoir si le droit chinois, en fixant des seuils spécifiques, appréhende tous les actes délibérés d'atteintes commis à une échelle commerciale et satisfait au critère minimal prescrit par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial devrait clarifier la définition de l'expression "échelle commerciale" dans le contexte de l'article 61 sur la base des règles d'interprétation existantes. Nous tenons à rappeler au Groupe spécial la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle "[l]e but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention commune des parties au traité".

12. Afin d'interpréter la disposition en cause, les dictionnaires sont un point de départ utile pour la définition des termes. Cela dit, ainsi que l'a noté l'Organe d'appel, "les définitions du dictionnaire ont des limites pour ce qui est de révéler le sens ordinaire d'un terme. Cela est particulièrement vrai dans

les cas où les termes utilisés dans les différents textes authentiques de l'Accord sur l'OMC sont susceptibles de différences quant à la portée ...". Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a indiqué qu'"un groupe spécial peut commencer par les définitions que donnent les dictionnaires des termes à interpréter. Mais les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer tous les sens des termes – que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécialisés". Par conséquent, "[i]l faut s'assurer du sens ordinaire d'un terme conventionnel d'après les circonstances propres à chaque cas. Il importe que le sens ordinaire d'un terme conventionnel soit considéré au regard de l'intention des parties "telle qu'elle s'exprime dans les termes qu'elles ont utilisés à la lumière des circonstances"".

13. Le régime "uniforme" des seuils d'infraction pénale nous pose une préoccupation particulière. C'est-à-dire que nous nous demandons si un critère numérique spécifique permet d'appréhender toutes les infractions commises à une échelle commerciale qui doivent être couvertes par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

14. L'expression "échelle commerciale" utilisée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est un concept juridique abstrait. Les multiples aspects des circonstances locales, tels que le caractère des droits auxquels il est porté atteinte, les valeurs et prix en vigueur sur le marché, le motif et le but d'un acte, la méthode et l'échelle de l'atteinte, le dommage causé, le profit réalisé, le contexte culturel, l'état d'avancement de la technologie moderne et les niveaux de vie, doivent être pris en compte dans la mise en œuvre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

## **VI. ANALYSE DE L'ARTICLE 46 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

15. Conformément à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, un Membre est tenu de s'assurer que ses autorités judiciaires sont habilitées à ordonner la mise hors circuit ou la destruction de marchandises portant atteinte à un droit. Cependant, l'article ne va pas jusqu'à prescrire les circonstances dans lesquelles les marchandises contrefaites doivent être détruites ou mises hors circuit, ni l'enchaînement ou la priorité de chacune des deux options. Il devrait être considéré qu'un Membre a satisfait à la norme minimale si ses autorités judiciaires sont habilitées à exercer un tel pouvoir qui comprend à la fois la mise hors circuit et la destruction.

16. Pour ce qui est de décider s'il faut mettre hors circuit les marchandises contrefaites ou les détruire, selon l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, un Membre est libre de déterminer lui-même la méthode la plus appropriée pour mettre en œuvre l'article 46 dans le cadre de ses propres systèmes et pratiques juridiques. La détermination par un Membre des circonstances dans lesquelles les marchandises contrefaites doivent être mises hors circuit ou détruites déborde le cadre de la question du critère minimum.

17. Outre le type de pouvoir qu'un Membre devrait conférer à ses autorités judiciaires, l'article 46 établit certaines conditions concernant le moyen de mise hors circuit et destruction. Bien que le Membre ou ses autorités judiciaires puissent user de leur pouvoir discrétionnaire dans le choix de l'approche à utiliser pour disposer des marchandises contrefaites, ils doivent se conformer aux conditions auxquelles sont assujetties l'une ou l'autre approche, ainsi que le prescrit ledit article.

18. Les autorités judiciaires doivent être habilitées à ordonner la mise hors circuit ou la destruction des marchandises contrefaites, que ce soit à leur propre discrétion ou conformément aux lignes directrices émises par une autre autorité du Membre. De plus, quelle qu'en soit la raison, lorsque les autorités judiciaires ordonnent la mise hors circuit des marchandises contrefaites, aucun dédommagement d'aucune sorte ne doit être accordé. La mise hors circuit doit s'effectuer en dehors des circuits commerciaux et il faut éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Si des autorités judiciaires ordonnent la destruction des marchandises contrefaites, aucun dédommagement d'aucune

sorte ne sera versé et l'ordre de destruction ne sera pas contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes.

19. Dans le présent différend, les possibilités qui s'offrent aux autorités douanières de la Chine pour mettre hors circuit les marchandises contrefaites sont les suivantes: dons à un organisme d'aide sociale approprié; vente aux détenteurs des droits; ou mise aux enchères après avoir retiré les éléments portant atteinte aux droits. Le Groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question de savoir si les trois conditions auxquelles est assujéti le pouvoir de disposition figurant à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC ont été respectées pour procéder à la mise hors circuit selon l'un des moyens possibles.

## **VII. QUESTIONS CONCERNANT L'ARTICLE 4(1) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR DE LA CHINE**

20. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu est parvenu à une conclusion similaire à celle de l'analyse qu'ont faite les États-Unis de l'interprétation de l'article 4(1). Premièrement, la traduction en langue anglaise de l'article 4(1) est claire et correcte. À première vue, elle donne le même sens que l'article libellé en chinois. Deuxièmement, des œuvres telles que des journaux, des livres et des films ne peuvent pas être distribuées sans avoir subi un examen du contenu conformément à la réglementation pertinente. À l'exception de la version qui a passé l'examen du contenu, il est interdit en vertu de la Loi de distribuer des œuvres qui n'ont pas subi l'examen du contenu ni celles qui ne l'ont pas passé, ce qui signifie que ces œuvres entrent dans le champ des "œuvres dont la publication ou la distribution est illégale" figurant à l'article 4(1).

21. Des éclaircissements sont nécessaires au sujet des points de savoir si, comme elle le fait valoir, la Chine protège des œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen du contenu ou dont l'autorisation est en suspens, et si la protection conférée par le droit d'auteur est accordée aux œuvres qui sont inconstitutionnelles ou immorales.

22. Les arguments apparemment contradictoires avancés par la Chine soulèvent d'autres points d'interrogation. Si la Chine limite le champ de l'article 4(1) aux seules œuvres qui ne passent pas l'examen du contenu parce qu'elles sont inconstitutionnelles ou immorales, serait-il exact de supposer que la publication et distribution de ces œuvres inconstitutionnelles et immorales sont non seulement illégales, mais que la protection conférée par le droit d'auteur leur est également refusée? Qu'en est-il de la protection de ces œuvres avant qu'elles ne soient jugées inconstitutionnelles ou immorales? La protection leur sera-t-elle retirée rétrospectivement une fois qu'elles auront été jugées inconstitutionnelles ou immorales? Les conséquences possibles de ces ambiguïtés sont essentielles pour l'examen de la conformité avec l'Accord.

23. La *raison d'être* d'un droit d'auteur est d'accorder à des œuvres une protection efficace contre toute atteinte. Il serait vain, d'une part, d'alléguer qu'il existe un droit d'auteur à partir du moment où une œuvre est créée et, d'autre part, de refuser d'accorder la protection conférée par un tel droit. Il apparaîtrait à première vue qu'il y a une certaine contradiction dans les lois et réglementations de la Chine, qui incitent à soupçonner un certain manque de conformité avec l'Accord sur les ADPIC.

24. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu partage les vues des deux parties selon lesquelles la Chine a le droit de mener un examen du contenu sur la base de l'article 17 de la Convention de Berne (1971) et de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Il se félicite également de savoir que la Chine est d'avis qu'il y a une séparation claire entre l'examen du contenu et la protection conférée par le droit d'auteur, et qu'il existe un droit d'auteur à partir du moment où une œuvre est créée. Il estime en outre qu'un droit ne peut pas être dissocié de l'octroi d'une protection efficace. Conformément à l'Accord sur les ADPIC, il peut être interdit de publier ou

de distribuer une œuvre, mais celle-ci ne doit pas être privée de la protection conférée par le droit d'auteur.

25. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu remercie le Groupe spécial de lui avoir donné la possibilité de contribuer à sa compréhension des questions en jeu. Nous demandons respectueusement au Groupe spécial de prendre en compte les observations ci-dessus dans ses délibérations et nous espérons qu'il jugera utiles les vues exprimées.



## ANNEXE C-17

### DÉCLARATION ORALE DU TAIPEI CHINOIS

1. Merci, Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial.
2. En tant que tierce partie dans la présente procédure, nous n'appuyons aucune partie au différend. Nous faisons la présente déclaration parce que nous avons un intérêt systémique dans l'interprétation correcte des diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC.
3. Notre communication écrite comprend deux parties. Dans la première partie, nous énonçons certains principes généraux que devrait, à notre avis, appliquer le Groupe spécial pour procéder à une évaluation objective du différend. En particulier, nous avons fait des renvois à la jurisprudence de l'OMC. Dans la deuxième partie, nous exposons nos vues sur les dispositions spécifiques pertinentes et sur les mesures en cause. Je n'entends pas aborder tous ces points dans le détail, mais je voudrais simplement souligner les principes qui, selon nous, nous semblent les plus importants pour la présente affaire et les aspects qui nous préoccupent le plus.
4. Le premier principe fondamental est que l'Accord sur les ADPIC est un accord qui établit des normes minimales. L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC prescrit le minimum qui est exigé des Membres pour protéger les droits de propriété intellectuelle. Les Membres doivent prendre les mesures juridiques et administratives nécessaires pour s'assurer qu'il est donné effet aux droits et obligations énoncées dans l'Accord, mais ils sont libres de déterminer eux-mêmes quel est le meilleur moyen de mettre en œuvre leurs obligations au titre de l'Accord dans le contexte de leurs propres systèmes juridiques. Les Membres ne doivent toutefois pas promulguer de mesures de protection qui iraient à l'encontre de ces droits et obligations.
5. Par ailleurs, l'article 3:2 du Mémoire d'accord demande à l'ORD de clarifier les dispositions des Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Ainsi que l'ont noté un certain nombre de groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leurs rapports, ces "règles coutumières d'interprétation" sont incorporées au texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 – aux articles 31 et 32 pour être précis.
6. L'Accord sur les ADPIC doit donc être interprété de bonne foi sur la base du libellé, du contexte, et de l'objet et but général de l'Accord. En outre, les travaux effectués dans le cadre de la préparation du traité et les circonstances de la conclusion du traité pourraient aussi être pris en considération.
7. Maintenant, si vous le permettez, Monsieur le Président, je voudrais aborder la deuxième partie de notre communication, qui expose nos vues sur les dispositions et mesures pertinentes spécifiques qui sont en cause, à commencer par les seuils d'infraction pénale de la Chine et l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.
8. Nous convenons que les pouvoirs de la police et l'application du droit pénal relèvent exclusivement de la juridiction souveraine des États, ce qu'il nous faut éminemment respecter. Cela dit, il y a toujours moyen d'en arriver à des compromis avec le consentement de l'État concerné. Lorsqu'ils ont conclu l'Accord sur les ADPIC ou lorsqu'ils ont accédé à l'Accord sur l'OMC, les Membres ont contracté au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC l'obligation d'adapter la portée et le niveau de leurs mesures répressives en conséquence. Il y a une obligation "minimale" convenue, à savoir un principe général selon lequel "[l]es Membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou

de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Sur la base de la règle coutumière "*pacta sunt servanda*", cette obligation lie les Membres et doit être exécutée de bonne foi.

9. Dans la présente affaire, le Groupe spécial est tenu de procéder à une évaluation objective de la question de savoir si le droit chinois, en fixant des seuils spécifiques, appréhende tous les actes délibérés d'atteintes commis à une échelle commerciale et satisfait au critère minimal prescrit par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Nous croyons que le Groupe spécial devrait clarifier la définition de l'expression "échelle commerciale" dans le contexte de l'article 61 sur la base des règles d'interprétation existantes. Nous tenons à rappeler au Groupe spécial la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle "[l]e but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention *commune* des parties au traité".

10. Les deux parties au différend ont fourni des définitions du dictionnaire des mots "commercial" et "échelle". Ainsi que l'a noté l'Organe d'appel, "les définitions du dictionnaire ont des limites pour ce qui est de révéler le sens ordinaire d'un terme". Elles ont aussi indiqué que "les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer tous les sens des termes – que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécialisés". Par conséquent, "[i]l faut s'assurer du sens ordinaire d'un terme conventionnel d'après les circonstances propres à chaque cas". Il importe que ce sens soit considéré au regard de l'intention des parties, et je cite, "telle qu'elle s'exprime dans les termes qu'elles ont utilisés à la lumière des circonstances".

11. S'agissant des seuils d'infraction pénale de la Chine, le régime "uniforme" des seuils d'infraction pénale nous pose une préoccupation particulière. Nous nous demandons si un critère numérique spécifique permet d'appréhender toutes les infractions commises à une échelle commerciale qui doivent être couvertes par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

12. L'expression "échelle commerciale" utilisée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est un concept juridique abstrait. Les multiples aspects des circonstances locales, tels que le caractère des droits auxquels il est porté atteinte, les valeurs et prix en vigueur sur le marché, le motif et le but d'un acte, la méthode et l'échelle de l'atteinte, le dommage causé, le profit réalisé, le contexte culturel, l'état d'avancement de la technologie moderne et les niveaux de vie, doivent être pris en compte dans la mise en œuvre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

13. Passons ensuite à la deuxième question en litige, qui concerne l'interprétation de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC. Conformément à cet article, un Membre est tenu de s'assurer que ses autorités judiciaires sont habilitées à ordonner la mise hors circuit ou la destruction de marchandises portant atteinte à un droit. Cependant, l'article ne va pas jusqu'à prescrire les circonstances dans lesquelles les marchandises contrefaites doivent être détruites ou mises hors circuit, ni l'enchaînement ou la priorité de chacune des deux options. Il devrait être considéré qu'un Membre a satisfait à la norme minimale si ses autorités judiciaires sont habilitées à exercer le pouvoir approprié.

14. Selon l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, un Membre est libre de déterminer lui-même la méthode la plus appropriée pour mettre en œuvre l'article 46 dans le cadre de ses propres systèmes et pratiques juridiques. La détermination par un Membre des circonstances dans lesquelles les marchandises contrefaites doivent être mises hors circuit ou détruites déborde le cadre de la question du critère minimum.

15. Cependant, l'article 46 établit certaines conditions concernant le moyen de mise hors circuit et destruction. Bien que le Membre ou ses autorités judiciaires puissent user de leur pouvoir

discrétionnaire dans le choix de l'approche à utiliser pour disposer des marchandises contrefaites, ils doivent se conformer aux conditions auxquelles est assujettie l'approche retenue.

16. Lorsque les autorités judiciaires ordonnent la mise hors circuit des marchandises contrefaites, aucun dédommagement d'aucune sorte ne doit être accordé. La mise hors circuit doit s'effectuer en dehors des circuits commerciaux et il faut éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Si les autorités judiciaires ordonnent la destruction des marchandises contrefaites, aucun dédommagement d'aucune sorte ne sera versé et l'ordre de destruction ne sera pas contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes.

17. Dans le présent différend, les possibilités qui s'offrent aux autorités douanières de la Chine pour mettre hors circuit les marchandises contrefaites sont les suivantes:

- a) dons à un organisme d'aide sociale approprié;
- b) vente aux détenteurs des droits; ou
- c) mise aux enchères après avoir retiré les éléments portant atteinte aux droits.

18. Nous estimons que le Groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question de savoir si les trois conditions auxquelles est assujetti le pouvoir de mise hors circuit figurant à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC ont été pleinement respectées par la Chine pour procéder à la mise hors circuit selon l'un des moyens possibles.

19. S'agissant de la question de l'article 4(1) de la Loi pénale de la Chine, nous sommes parvenus à une conclusion similaire à celle de l'analyse qu'ont faite les États-Unis de l'interprétation de l'article 4(1). Premièrement, la traduction en langue anglaise de l'article 4(1) est claire et correcte. À première vue, la version en langue anglaise donne le même sens que la version en langue chinoise. Deuxièmement, des œuvres telles que des journaux, des livres et des films ne peuvent pas être distribués sans avoir subi un examen du contenu conformément à la réglementation pertinente. À l'exception de la version qui a passé l'examen du contenu, il est interdit en vertu de la Loi de distribuer des œuvres qui n'ont pas subi l'examen du contenu ni celles qui ne l'ont pas passé, ce qui signifie que ces œuvres entrent dans le champ des "œuvres dont la publication ou la distribution est illégale" figurant à l'article 4(1).

20. Nos croyons que des éclaircissements sont nécessaires au sujet des points de savoir si, comme elle le fait valoir, la Chine protège des œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen du contenu ou dont l'autorisation est en suspens, et si la protection conférée par le droit d'auteur est accordée aux œuvres qui sont inconstitutionnelles ou immorales.

21. Les arguments apparemment contradictoires avancés par la Chine soulèvent d'autres points d'interrogation. Si la Chine limite le champ de l'article 4(1) aux seules œuvres qui ne passent pas l'examen du contenu parce qu'elles sont inconstitutionnelles ou immorales, serait-il exact de supposer que la publication et distribution de ces œuvres inconstitutionnelles et immorales sont non seulement illégales, mais que la protection conférée par le droit d'auteur leur est également refusée? Qu'en est-il de la protection de ces œuvres avant qu'elles ne soient jugées inconstitutionnelles ou immorales? La protection leur sera-t-elle retirée rétrospectivement une fois qu'elles auront été jugées inconstitutionnelles ou immorales? Nous croyons que les conséquences possibles de ces ambiguïtés sont essentielles pour l'examen de la conformité avec l'Accord.

22. Enfin, nous croyons que la raison d'être d'un droit d'auteur est d'accorder à des œuvres une protection efficace contre toute atteinte. Il serait vain, d'une part, d'alléguer qu'il existe un droit

d'auteur à partir du moment où une œuvre est créée et, d'autre part, de refuser d'accorder la protection conférée par un tel droit. Il apparaîtrait à première vue qu'il y a une certaine contradiction dans les lois et réglementations de la Chine, qui incitent à soupçonner un certain manque de conformité avec l'Accord sur les ADPIC.

23. Nous partageons les vues des deux parties selon lesquelles la Chine a le droit de mener un examen du contenu sur la base de l'article 17 de la Convention de Berne (1971) et de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Nous nous félicitons également de savoir que la Chine est d'avis qu'il y a une séparation claire entre l'examen du contenu et la protection conférée par le droit d'auteur, et qu'il existe un droit d'auteur à partir du moment où une œuvre est créée. Nous estimons en outre qu'un droit ne peut pas être dissocié de l'octroi d'une protection efficace. Conformément à l'Accord sur les ADPIC, il peut être interdit de publier ou de distribuer une œuvre, mais celle-ci ne doit pas être privée de la protection conférée par le droit d'auteur.

24. En conclusion, nous tenons à remercier le Groupe spécial de nous avoir donné la possibilité de contribuer à sa compréhension des questions en jeu. Nous demandons respectueusement au Groupe spécial de prendre en compte ces observations dans ses délibérations et nous espérons qu'il jugera utiles les vues exprimées.

25. Je vous remercie infiniment, Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial.

## ANNEXE C-18

### DÉCLARATION ORALE DE LA THAÏLANDE

#### I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je me félicite d'avoir l'occasion d'exposer, au nom du gouvernement du Royaume de Thaïlande, les vues de la Thaïlande en tant que tierce partie à la procédure du présent Groupe spécial. À cet égard, nous tenons à formuler les observations suivantes.

#### II. SEUILS D'INFRACTION PÉNALE DE LA CHINE

2. Dans leur communication, les États-Unis ont allégué que la Chine ne s'était pas acquittée de son obligation au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui exige des Membres qu'ils prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale.

3. Selon nous, l'Accord sur les ADPIC exige des Membres qu'ils établissent une procédure pénale pour les personnes qui portent intentionnellement atteinte à une marque de fabrique ou de commerce ou à un droit d'auteur à une échelle commerciale. Cela dit, l'Accord ne définit pas le sens de l'expression "à une échelle commerciale". Cela permet à un Membre d'en donner l'interprétation qu'il juge appropriée. La Thaïlande considère qu'il s'agit, tout comme c'est le cas pour de nombreuses autres dispositions de l'Accord, d'une flexibilité voulue ou incorporée, qui reconnaît que les Membres ont des systèmes juridiques différents.

4. Par ailleurs, l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC dit que les "... Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques".

5. Les États-Unis ont aussi allégué que l'évaluation de la valeur des marchandises pirates par la Chine était fondée sur la valeur des marchandises pirates elles-mêmes et non sur celle des articles authentiques, et que, puisque la valeur des marchandises pirates est normalement faible, les seuils régissant l'engagement de procédures pénales ont rarement été atteints. L'Accord sur les ADPIC ne renferme aucune disposition indiquant comment les Membres doivent déterminer la valeur des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, la Thaïlande croit que cette évaluation devrait uniquement s'appuyer sur les lois et réglementations nationales applicables de chaque Membre.

#### III. POUVOIR DES AUTORITÉS DOUANIÈRES CHINOISES DE DÉTRUIRE ET METTRE HORS CIRCUIT LES MARCHANDISES PORTANT ATTEINTE À DES DPI

6. Dans leur communication, les États-Unis ont allégué que les autorités douanières chinoises n'étaient pas habilitées à ordonner la destruction des marchandises confisquées portant atteinte à des DPI. Cependant, les autorités douanières chinoises doivent suivre les étapes suivantes:

- a) essayer de mettre hors circuit les marchandises confisquées portant atteinte à des DPI en en faisant don à des organismes d'aide sociale ou en permettant aux détenteurs des droits de les racheter;

- b) dans le cas où les marchandises ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale, et que le détenteur du droit n'est pas disposé à les acheter, mettre les marchandises aux enchères après en avoir retiré les éléments portant atteinte aux droits; et
- c) dans le cas des marchandises confisquées qui ne pourraient pas être mises hors circuit par les moyens indiqués aux points 1) et 2), procéder à la destruction des marchandises.

Cela dit, dans sa communication, la Chine fait valoir que les trois moyens prévus dans son Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'administration des douanes sont organisés selon une hiérarchie absolue; les autorités douanières chinoises pourraient utiliser le moyen le plus approprié pour mettre hors circuit ou détruire les marchandises portant atteinte à des DPI.

7. Les articles 59 et 46 de l'Accord sur les ADPIC exigent des organismes compétents qu'ils soient habilités à ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à des DPI sans dédommagement d'aucune sorte. En ce qui concerne la mise hors circuit de ces marchandises, elles doivent être écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit et, en ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite n'est pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

8. La Thaïlande considère qu'il est clair que pour satisfaire à la prescription de l'Accord sur les ADPIC à cet égard, les Membres doivent autoriser leurs organismes compétents à ordonner soit la destruction soit la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à des DPI ou les deux. Selon nous, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC permettent de disposer des marchandises portant atteinte à des DPI autrement que par leur destruction, à condition que cela soit compatible avec le principe de la mise hors circuit des marchandises contrefaites incorporé à l'article 46.

9. La Thaïlande croit que l'Accord sur les ADPIC ne limite pas la capacité des Membres d'élaborer des mesures pour la mise hors circuit des marchandises contrefaites avant que ne soit ordonnée leur destruction. Cependant, l'autorité concernée doit s'assurer que les marchandises contrefaites sont écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit et de manière à créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits.

#### **IV. CONCLUSION**

10. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, la Thaïlande se félicite d'avoir l'occasion d'exposer ses vues à la présente réunion. Je vous remercie infiniment de votre bienveillante attention.