

**ORGANISATION MONDIALE  
DU COMMERCE**

**WT/DS362/R**  
26 janvier 2009

(09-0240)

---

Original: anglais

**CHINE – MESURES AFFECTANT LA PROTECTION DES  
DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET  
LES MOYENS DE LES FAIRE RESPECTER**

*Rapport du Groupe spécial*



## TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
<b>I. INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>II. ASPECTS FACTUELS .....</b>	<b>2</b>
A. MESURES EN CAUSE .....	2
1. <b>Seuils applicables aux procédures et sanctions pénales.....</b>	<b>2</b>
2. <b>Mise hors circuit des marchandises saisies par les autorités douanières qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle .....</b>	<b>2</b>
3. <b>Refus d'assurer la protection et le respect du droit d'auteur et des droits connexes sur des œuvres dont la publication ou la distribution en Chine n'ont pas été autorisées.....</b>	<b>3</b>
B. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE.....	3
1. <b>Traductions.....</b>	<b>3</b>
2. <b>Demande de renseignements factuels au Bureau international de l'OMPI.....</b>	<b>4</b>
<b>III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES .....</b>	<b>4</b>
A. ÉTATS-UNIS .....	4
B. CHINE.....	5
<b>IV. ARGUMENTS DES PARTIES .....</b>	<b>5</b>
<b>V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES .....</b>	<b>5</b>
<b>VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE .....</b>	<b>5</b>
1. <b>Loi sur le droit d'auteur .....</b>	<b>6</b>
2. <b>Mesures douanières .....</b>	<b>7</b>
3. <b>Seuils d'infraction pénale .....</b>	<b>8</b>
<b>VII. CONSTATATIONS.....</b>	<b>9</b>
A. LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR.....	9
1. <b>Description de la mesure en cause.....</b>	<b>9</b>
2. <b>Allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.....</b>	<b>10</b>
3. <b>Allégation au titre de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.....</b>	<b>12</b>
a) Principaux arguments des parties.....	12
b) Principaux arguments des tierces parties .....	14
c) Examen par le Groupe spécial .....	15
i) <i>Interprétation de la mesure en cause.....</i>	<i>15</i>
ii) <i>Les critères d'illégalité des œuvres.....</i>	<i>23</i>
iii) <i>La procédure suivie pour déterminer qu'une œuvre est illégale aux fins de l'article 4(1) .....</i>	<i>25</i>
iv) <i>L'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.....</i>	<i>30</i>

v)	<i>L'article 17 de la Convention de Berne (1971) tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC</i> .....	33
vi)	<i>Question de procédure</i> .....	37
<b>4.</b>	<b>Allégation au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>37</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	37
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	38
c)	Examen par le Groupe spécial .....	39
<b>5.</b>	<b>Communication concernant l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>39</b>
a)	Exposé des dispositions pertinentes de la Loi sur le droit d'auteur.....	39
b)	Principaux arguments des parties.....	39
c)	Principaux arguments des tierces parties .....	40
d)	Examen par le Groupe spécial .....	40
<b>6.</b>	<b>Allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>40</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	40
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	41
c)	Examen par le Groupe spécial .....	41
<b>7.</b>	<b>Allégations au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>44</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	44
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	45
c)	Examen par le Groupe spécial .....	45
<b>8.</b>	<b>Allégations relatives au traitement national</b> .....	<b>45</b>
a)	Liste des mesures pertinentes en cause .....	45
b)	Arguments des parties.....	45
c)	Examen par le Groupe spécial .....	46
<b>9.</b>	<b>Conclusions concernant la Loi sur le droit d'auteur</b> .....	<b>46</b>
<b>B.</b>	<b>MESURES DOUANIÈRES</b> .....	<b>46</b>
<b>1.</b>	<b>Description des mesures en cause</b> .....	<b>46</b>
<b>2.</b>	<b>Allégation au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>48</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	48
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	50
c)	Examen par le Groupe spécial .....	52
i)	<i>Introduction</i> .....	52
ii)	<i>Mesures à la frontière</i> .....	52
iii)	<i>"marchandises portant atteinte à un droit"</i> .....	53
iv)	<i>"seront habilitées"</i> .....	57
v)	<i>"les principes énoncés à l'article 46"</i> .....	63
vi)	<i>"écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit"</i> .....	68

vii)	<i>Don à des organismes d'aide sociale</i> .....	69
viii)	<i>Vente au détenteur du droit</i> .....	79
ix)	<i>Vente aux enchères et habilitation à ordonner la destruction des marchandises portant atteinte à un droit</i> .....	79
x)	<i>Vente aux enchères et "simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite"</i> .....	86
<b>3.</b>	<b>Conclusions relatives aux mesures douanières</b> .....	<b>94</b>
C.	SEUILS D'INFRACTION PÉNALE .....	94
<b>1.</b>	<b>Description des mesures en cause</b> .....	<b>94</b>
a)	Introduction.....	94
b)	Dispositions relatives aux marques.....	95
i)	<i>Utilisation d'une marque contrefaite</i> .....	95
ii)	<i>Vente de produits portant des marques contrefaites</i> .....	96
iii)	<i>Contrefaçon de marques et vente de marques contrefaites</i> .....	96
c)	Dispositions relatives au droit d'auteur .....	97
i)	<i>Infraction pénale au droit d'auteur</i> .....	97
ii)	<i>Vente de reproductions portant atteinte au droit d'auteur</i> .....	99
d)	Délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle commis par un groupe .....	100
<b>2.</b>	<b>Interprétation des mesures en cause</b> .....	<b>100</b>
a)	Introduction.....	100
b)	Effet normatif des interprétations judiciaires.....	100
c)	Seuils prévus de manière générale par la Loi pénale .....	101
d)	Les seuils de condamnation ou d'aggravation des peines .....	102
e)	Dispositions générales relatives aux infractions inchoatives .....	103
f)	Dispositions générales relatives aux associations de malfaiteurs .....	104
g)	Éléments spécifiques des seuils fixés pour les atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle .....	106
i)	<i>Intention lucrative</i> .....	106
ii)	<i>Seuils alternatifs</i> .....	106
iii)	<i>Calcul cumulatif sur la durée</i> .....	107
iv)	<i>Calcul du volume des activités commerciales illicites – marchandises</i> .....	108
v)	<i>Calcul du volume des activités commerciales illicites – prix</i> .....	108
vi)	<i>Quantité de marchandises et prix</i> .....	109
vii)	<i>Seuils résiduels</i> .....	110
viii)	<i>Exécution forcée par la voie administrative</i> .....	110
h)	Conclusion concernant l'interprétation des mesures en cause.....	111
<b>3.</b>	<b>Allégation au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>111</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	111

b)	Principaux arguments des tierces parties .....	112
c)	Examen par le Groupe spécial .....	115
i)	<i>Nature de l'allégation</i> .....	115
ii)	<i>Questions de procédure</i> .....	116
iii)	<i>Nature de l'obligation</i> .....	117
iv)	<i>Portée de l'obligation</i> .....	120
v)	<i>"à une échelle commerciale"</i> .....	123
vi)	<i>Pratique ultérieurement suivie</i> .....	134
vii)	<i>Moyens complémentaires d'interprétation</i> .....	134
viii)	<i>Article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC</i> .....	136
ix)	<i>Conformité des mesures en cause en ce qui concerne le niveau des seuils fixés</i> .....	137
x)	<i>Autres indices – Éléments matériels</i> .....	145
xi)	<i>Autres indices – Incidence sur le marché commercial</i> .....	149
xii)	<i>Facteurs divers</i> .....	151
xiii)	<i>Conclusion concernant l'allégation au titre de la première phrase de l'article 61</i> .....	152
<b>4.</b>	<b>Allégation formulée au titre de la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>152</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	152
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	152
c)	Examen par le Groupe spécial .....	153
<b>5.</b>	<b>Allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC</b> .....	<b>153</b>
a)	Principaux arguments des parties.....	153
b)	Principaux arguments des tierces parties .....	153
c)	Examen par le Groupe spécial .....	154
<b>6.</b>	<b>Conclusions concernant les seuils d'infraction pénale</b> .....	<b>154</b>
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION</b> .....	<b>154</b>

## LISTE DES ANNEXES

### ANNEXE A

#### COMMUNICATIONS DES ÉTATS-UNIS

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

### ANNEXE B

#### COMMUNICATIONS DE LA CHINE

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

## ANNEXE 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 D

### DIVERS

<b>TABLE DES MATIÈRES</b>		<b>PAGE</b>
D-1	Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis	D-2
D-2	Lettre du Groupe spécial au Bureau international de l'OMPI, datée du 21 avril 2008	D-9
D-3	Réponse du Bureau international de l'OMPI, datée du 6 juin 2008	D-10

**AFFAIRES DANS LE CADRE DE L'OMC CITÉES  
DANS LE PRÉSENT RAPPORT**

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Australie – Cuir pour automobiles II</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles</i> , WT/DS126/R, adopté le 16 juin 1999
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/R, adopté le 17 décembre 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS332/AB/R
<i>Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques</i> , WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000
<i>CE – Accord de partenariat ACP-CE II</i>	Décision de l'arbitre <i>Communautés européennes – L'Accord de partenariat ACP-CE – Deuxième recours à l'arbitrage conformément à la Décision du 14 novembre 2001</i> , WT/L/625, 27 octobre 2005
<i>CE – Linge de lit</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde</i> , WT/DS141/AB/R, adopté le 12 mars 2001
<i>CE – Marques et indications géographiques (Australie)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte de l'Australie</i> , WT/DS290/R, adopté le 20 avril 2005
<i>CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte des États-Unis</i> , WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005
<i>CE – Matériels informatiques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques</i> , WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998
<i>CE – Morceaux de poulet</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés</i> , WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005
<i>États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur</i> , WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000
<i>États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i> , WT/DS176/R, adopté le 1 <sup>er</sup> février 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS176/AB/R
<i>États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i> , WT/DS176/AB/R, adopté le 1 <sup>er</sup> février 2002
<i>États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur</i> , WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/R, adopté le 20 mai 1996, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS2/AB/R
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
<i>États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation</i> , L/6175, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005
<i>États-Unis – Réduction à zéro (Japon)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction</i> , WT/DS322/AB/R, adopté le 23 janvier 2007
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
<i>États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine</i> , WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
<i>États-Unis – Tabac</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur</i> , DS44/R, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/1/145
<i>Inde – Brevets (États-Unis)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i> , WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 <sup>er</sup> novembre 1996

## ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
CE	Communautés européennes
MAT	Traduction mutuellement convenue, pour ce qui est de la version anglaise
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ORD	Organe de règlement des différends



## I. INTRODUCTION

1.1 Le 10 avril 2007, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement de la République populaire de Chine conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") et à l'article 64 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") (dans la mesure où l'article 64 correspond à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994) au sujet de certaines mesures relatives à la protection et au respect des droits de propriété intellectuelle en Chine.<sup>1</sup> Ces consultations se sont tenues les 7 et 8 juin 2007, mais elles n'ont pas permis de régler le différend.

1.2 Le 13 août 2007, les États-Unis ont demandé à l'Organe de règlement des différends ("ORD") d'établir, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, un groupe spécial doté du mandat type.<sup>2</sup> À sa réunion du 25 septembre 2007, l'ORD a établi un groupe spécial comme les États-Unis l'avaient demandé dans le document WT/DS362/7, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord (WT/DSB/M/239).

1.3 Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les États-Unis dans le document WT/DS362/7, la question portée devant l'ORD par les États-Unis dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.4 Le 3 décembre 2007, les États-Unis ont demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial.

1.5 En conséquence, le 13 décembre 2007, le Directeur général a donné au Groupe spécial la composition suivante:

Président: M. Adrian Macey  
Membres: M. Marino Porzio  
M. Sivakant Tiwari

1.6 L'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, les Communautés européennes, la Corée, l'Inde, le Japon, le Mexique, le Taipei chinois, la Thaïlande et la Turquie se sont réservé le droit de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.7 Le Groupe spécial a tenu des réunions avec les parties les 14-16 avril 2008 et les 18-19 juin 2008. Il a tenu une réunion avec les tierces parties le 15 avril 2008.

1.8 Le Groupe spécial a présenté son rapport intérimaire aux parties le 9 octobre 2008. Il leur a présenté son rapport final le 13 novembre 2008.

---

<sup>1</sup> WT/DS362/1.

<sup>2</sup> WT/DS362/7, jointe en tant qu'annexe D-1 au présent rapport.

## II. ASPECTS FACTUELS

### A. MESURES EN CAUSE

2.1 Les mesures en cause dans le présent différend sont indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les États-Unis comme étant les suivantes:

#### 1. Seuils applicables aux procédures et sanctions pénales

2.2 Les États-Unis allèguent que la Chine n'a pas prévu l'application de procédures et sanctions pénales 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, qui n'atteignent pas certains seuils. La Chine a établi ces seuils par les mesures suivantes:

- a) la Loi pénale de la République populaire de Chine (adoptée à la deuxième session de la cinquième Assemblée populaire nationale le 1<sup>er</sup> juillet 1979 et révisée à la cinquième session de la huitième Assemblée populaire nationale, le 14 mars 1997), en particulier ses articles 213, 214, 215, 217, 218 et 220,
- b) l'Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application concrète de la loi dans le traitement des affaires pénales d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle (adoptée à la 1331<sup>ème</sup> session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême le 2 novembre 2004 et à la 28<sup>ème</sup> session de la 10<sup>ème</sup> Chambre d'accusation du Parquet populaire suprême le 11 novembre 2004 et ayant pris effet le 22 décembre 2004), et
- c) l'Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application concrète de la loi dans le traitement des affaires pénales d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle (II) (adoptée le 4 avril 2007, à la 1422<sup>ème</sup> session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême et à la 75<sup>ème</sup> session de la 10<sup>ème</sup> Chambre d'accusation du Parquet populaire suprême, et ayant pris effet le 5 avril 2007),

ainsi que toutes modifications, mesures connexes ou mesures de mise en œuvre.

#### 2. Mise hors circuit des marchandises saisies par les autorités douanières qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle

2.3 Les États-Unis allèguent que les mesures prises par la Chine pour mettre hors circuit les marchandises saisies qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle sont incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC. À cet égard, les mesures en cause sont les suivantes:

- a) le Règlement de la République populaire de Chine sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes (adopté à la 30<sup>ème</sup> réunion ordinaire du Conseil des affaires de l'État le 26 novembre 2003, publié par le Conseil des affaires de l'État le 2 décembre 2003 et ayant pris effet le 1<sup>er</sup> mars 2004), en particulier son chapitre 4,
- b) les Mesures de mise en œuvre de l'Administration des douanes de la République populaire de Chine concernant le Règlement de la République populaire de Chine sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes (adoptées au cours d'une réunion sur les affaires administratives de l'Administration

générale des douanes le 22 avril 2004, publiées par l'Administration générale des douanes dans l'Ordonnance n° 114 du 25 mai 2004 et ayant pris effet le 1<sup>er</sup> juillet 2004), en particulier leur chapitre 5, et

- c) l'Avis n° 16 (2 avril 2007) de l'Administration générale des douanes,

ainsi que toutes modifications, mesures connexes ou mesures de mise en œuvre.

### **3. Refus d'assurer la protection et le respect du droit d'auteur et des droits connexes sur des œuvres dont la publication ou la distribution en Chine n'ont pas été autorisées**

2.4 Les États-Unis allèguent que la Chine agit d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en refusant la protection de sa Loi sur le droit d'auteur aux œuvres créatives d'auteurs (et, dans la mesure où l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur leur est applicable, aux enregistrements sonores et aux interprétations et exécutions) dont la publication ou la distribution en Chine n'ont pas été autorisées, ou sont interdites par ailleurs. À cet égard, les mesures en cause sont les suivantes:

- a) La Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine (adoptée à la 15<sup>ème</sup> session du Comité permanent de la septième Assemblée populaire nationale le 7 septembre 1990 et modifiée conformément à la Décision sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine, adoptée à la 24<sup>ème</sup> session du Comité permanent de la neuvième Assemblée populaire nationale le 27 octobre 2001), en particulier son article 4<sup>3</sup>,

ainsi que toutes modifications, mesures connexes ou mesures de mise en œuvre.

## **B. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE**

### **1. Traductions**

2.5 Le paragraphe 10 des Procédures de travail adoptées par le Groupe spécial le 10 janvier 2008 disposait que, dans les cas où la langue originale des pièces ou des documents cités dans une communication n'était pas une langue officielle de l'OMC, la partie présentant la communication en produirait en même temps le texte dans la langue originale.

2.6 Compte tenu de certaines divergences dans les traductions de certaines mesures produites par les deux parties, le Groupe spécial, à sa première réunion de fond, a proposé que les parties en présentent des traductions convenues d'un commun accord. Dans les communications datées des 11 et 14 juin 2008, les parties ont présenté des traductions convenues d'un commun accord pour ce qui est de la version anglaise des mesures suivantes:

- (MAT-1) Loi pénale (articles 213, 214, 215, 217, 218 et 220);  
(MAT-2) Interprétation judiciaire de 2007 (articles 1<sup>er</sup> à 7);  
(MAT-3) Interprétation judiciaire de 2004 (articles 1<sup>er</sup> à 17);  
(MAT-4) Interprétation judiciaire de 1998 (article 17, paragraphe 2);

---

<sup>3</sup> Les États-Unis ne demandent pas de réparations en ce qui concerne certaines autres mesures citées dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial dans le cadre de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur.

- (MAT-5) Normes applicables à la poursuite des délits économiques (articles 8, 16, 23, 38, 39 et 70);
- (MAT-6) Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes (article 27);
- (MAT-7) Mesures de mise en œuvre de la protection des DPI par les douanes (article 30);
- (MAT-8) Avis des Douanes n° 16/2007;
- (MAT-9) Mesures relatives à l'administration des marchandises saisies par la douane (articles 1<sup>er</sup>, 2, 3, 17 et 18);
- (MAT-10) Loi sur les dons à des fins d'aide sociale;
- (MAT-11) Loi sur le droit d'auteur (articles 2 et 4);
- (MAT-12) Règlement sur l'administration des films (articles 2, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 42 et 55);
- (MAT-13) Règlement sur l'administration des produits audiovisuels (articles 2, 4, 28 et 36);
- (MAT-14) Règlement sur l'administration de l'édition (articles 6, 26, 27, 40, 44, 45 et 56).

## **2. Demande de renseignements factuels au Bureau international de l'OMPI**

2.7 Le 21 avril 2008, le Groupe spécial a adressé au Bureau international de l'OMPI une lettre lui demandant de l'aider en lui communiquant tous les renseignements factuels dont il disposait qui seraient pertinents aux fins de l'interprétation de certaines dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971).<sup>4</sup> Les parties avaient eu la possibilité de faire des observations sur le projet de lettre à la première réunion de fond du Groupe spécial.

2.8 La réponse du Bureau international est parvenue au Groupe spécial et au Secrétariat de l'OMC le 7 juin 2008. Le Groupe spécial a donné aux parties la possibilité de présenter des observations sur cette réponse jusqu'au 7 juillet 2008. Les États-Unis ont présenté leurs observations le 7 juillet 2008. La Chine a informé le Groupe spécial qu'elle ne présenterait pas d'observations sur la réponse de l'OMPI. Elle a présenté des observations sur les observations des États-Unis le 21 juillet 2008.

2.9 Les renseignements factuels fournis par le Bureau international consistent en une note rédigée par celui-ci et 16 annexes contenant des extraits des actes des différentes conférences diplomatiques qui ont adopté, modifié ou révisé les dispositions actuellement contenues dans les articles 5(1), 5(2) et 17 de la Convention de Berne (Acte de Paris de 1971).<sup>5</sup>

## **III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES**

### **A. ÉTATS-UNIS**

3.1 Les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que:

---

<sup>4</sup> La lettre du Groupe spécial est jointe en tant qu'annexe D-2 au présent rapport.

<sup>5</sup> La note du Bureau international, sans ses annexes, est jointe en tant qu'annexe D-3 au présent rapport.

- a) les seuils chinois en matière de propriété intellectuelle sont incompatibles avec les obligations assumées par la Chine en vertu des première et deuxième phrases de l'article 61 et de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC;
- b) la série d'étapes obligatoires prescrite par les mesures de la Chine signifie que les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises contrefaites conformément aux principes énoncés à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, et que les mesures en cause sont donc incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC;
- c) la première phrase de l'article 4 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur est incompatible avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, incorporant l'article 5(1) et 5(2) de la Convention de Berne (1971), ainsi qu'avec l'article 14, les première et deuxième phrases de l'article 61 et l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

3.2 Les États-Unis demandent au Groupe spécial de recommander, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, que la Chine mette ses mesures en conformité avec l'Accord sur les ADPIC.

B. CHINE

3.3 La Chine demande au Groupe spécial de constater que les mesures chinoises sont compatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC.

#### **IV. ARGUMENTS DES PARTIES**

4.1 Les arguments des parties, tels qu'ils sont exposés dans les résumés analytiques des communications écrites qu'elles ont présentées au Groupe spécial, sont joints en tant qu'annexes A et B du présent rapport (voir la liste des annexes, page v).

#### **V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES**

5.1 Les arguments des tierces parties, tels qu'ils sont exposés dans les résumés analytiques des communications écrites et des déclarations orales qu'elles ont présentées au Groupe spécial, sont jointes en tant qu'annexe C au présent rapport (voir la liste des annexes, page v).<sup>6</sup>

#### **VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE**

6.1 Le 9 octobre 2008, le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties. Le 23 octobre 2008, les États-Unis et la Chine ont présenté des demandes écrites de réexamen portant sur des aspects précis du rapport intérimaire. Le 30 octobre 2008, les États-Unis et la Chine ont présenté des observations écrites sur leurs demandes de réexamen respectives.

6.2 Le Groupe spécial a modifié des aspects spécifiques de son rapport, lorsqu'il a jugé approprié de le faire, à la lumière des observations des parties, comme cela est exposé ci-après, et y a apporté d'autres modifications dans un souci d'exactitude et de clarté. Les numéros de paragraphes et les notes de bas de page y relatives auxquels il est fait référence dans la présente section VI correspondent à ceux du rapport intérimaire.

---

<sup>6</sup> L'Inde, la Thaïlande et la Turquie n'ont pas présenté de communication écrite. L'Argentine, l'Inde et la Turquie n'ont pas fait de déclaration orale.

## 1. Loi sur le droit d'auteur

### *Œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen*

6.3 La Chine demande que le Groupe spécial examine la possibilité de modifier les paragraphes 7.87 et 7.103 afin d'éviter toute confusion quant aux descriptions que les parties ont respectivement faites des œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen.

6.4 Les États-Unis s'opposent à cette demande, car ils estiment que le Groupe spécial a décrit avec exactitude les positions que lui ont exposées les parties.

6.5 Le Groupe spécial n'a pas procédé à la modification demandée, mais a modifié les paragraphes 7.87 et 7.88 et a apporté en conséquence des modifications aux paragraphes 7.103 et 7.118 afin de clarifier sa description des œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen et des œuvres dont la distribution d'une version révisée avait été autorisée en Chine, et afin d'expliquer pourquoi il n'acceptait pas certaines descriptions de ces œuvres faites par la Chine.

### *Droits spécialement accordés par la Convention de Berne*

6.6 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.107 soit modifié de façon à y ajouter une référence à l'article 14*bis*, et à y supprimer celle qui est faite à l'article 14*ter*, sur la liste des droits spécialement accordés par la Convention de Berne (1971).

6.7 La Chine répond que cette demande visant à ajouter une référence à l'article 14*bis* n'est pas justifiée. L'article en question n'énonce aucun droit indépendant, et la demande n'a pas lieu d'être compte tenu de la note de bas de page que le Groupe spécial a insérée pour indiquer que cette énumération de droits minimaux est sans préjudice d'autres droits de cette catégorie.

6.8 Le Groupe spécial a modifié la liste afin d'y ajouter une référence à l'article 14*bis*, qui prévoit l'octroi d'un droit à une catégorie particulière d'œuvres. Il n'a pas supprimé la référence à l'article 14*ter*, étant donné que celui-ci prévoit un droit distinct, mais sans préjudice des dispositions de l'article 14*ter* 2) et 3). Le Groupe spécial a également supprimé la référence à l'article 13 et réitère sa déclaration figurant dans la note de bas de page 111 selon laquelle cette liste est sans préjudice d'autres droits de cette catégorie.

### *Efficacité des interdictions relatives au contenu*

6.9 La Chine demande que le paragraphe 7.138 soit modifié pour faire référence à l'article 364 de la Loi pénale et à l'article 56 du Règlement sur les films.

6.10 Les États-Unis répondent que, dans le contexte examiné au paragraphe 7.138, la Chine a uniquement fait référence à l'article 56 du Règlement sur les films et que cet article ne modifiait pas sur le fond la constatation formulée par le Groupe spécial dans ce paragraphe.

6.11 Le Groupe spécial n'a pas procédé à la modification demandée, car le paragraphe en question concerne l'efficacité réelle des actions engagées pour assurer le respect d'un droit, tandis que l'observation de la Chine porte sur les normes énoncées dans la législation. Le Groupe spécial a par ailleurs regroupé ce paragraphe avec le précédent dans un souci de clarté.

### *Autres modifications*

6.12 La Chine demande une précision dans le paragraphe 7.101 au sujet du domaine de compétence des autorités chargées du droit d'auteur. Le Groupe spécial a apporté cette précision.

6.13 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.136 soit modifié de façon à indiquer la provenance du texte de la réponse citée. Le Groupe spécial a procédé à la modification demandée.

## **2. Mesures douanières**

### *Don en faveur d'organismes d'aide sociale*

6.14 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.310 soit modifié, car il existe des circonstances dans lesquelles il est possible d'effectuer un don à des organismes d'aide sociale autres que la Croix-Rouge.

6.15 La Chine répond que les États-Unis semblent faire une interprétation erronée de la deuxième phrase du paragraphe 7.310, car cette phrase indique simplement que les douanes ont le pouvoir de faire un don à la Croix-Rouge dans tous les cas où elles peuvent faire un don à d'autres organismes d'aide sociale.

6.16 Le Groupe spécial n'a pas procédé à la modification demandée. L'objet du paragraphe en question est d'indiquer que les douanes chinoises sont habilitées à faire don des marchandises contrefaites à la Société chinoise de la Croix-Rouge, avec laquelle elles ont un accord en matière de donation, et que le fait qu'elles soient habilitées à faire don des marchandises contrefaites à d'autres organismes d'aide sociale ne les en empêche pas. Le Groupe spécial a modifié ce paragraphe, dans un souci de clarté.

### *Vente aux enchères et pouvoir d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites*

6.17 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.341 soit modifié en raison d'une préoccupation systémique, car le Groupe spécial semble être d'avis que le mot "shall", lorsqu'il est employé dans les mesures juridiques chinoises, n'impose pas une obligation légale contraignante. Le sens du terme chinois traduit par "shall" dans le contexte juridique formel diffère de celui qu'il revêt dans d'autres contextes. C'est en raison de cette différence que les parties sont convenues que la traduction correcte était "shall" aux fins de la traduction en anglais. La Chine a confirmé que l'utilisation de l'auxiliaire "shall" dans le contexte des mesures en cause signifiait que, dès lors que les douanes faisaient des constatations particulières, elles avaient l'obligation légale de mettre en œuvre le moyen de disposition pertinent.

6.18 La Chine répond ce qui suit: 1) en arrêtant la traduction mutuellement convenue, les parties n'ont pas examiné la question de savoir si le mot traduit par "shall" dans les contextes juridiques formels avait un sens différent dans d'autres contextes; 2) l'évaluation des mesures par le Groupe spécial est une constatation de fait propre au présent différend et elle n'a pas d'incidence sur des évaluations futures par d'autres groupes spéciaux dans le cadre d'autres différends ayant trait au droit interne chinois; 3) la définition que donne le dictionnaire du mot traduit par "shall" fait partie de l'évaluation de la signification de la mesure par le Groupe spécial et celui-ci est habilité à utiliser une telle source.

6.19 Le Groupe spécial note que le mot "shall" n'est utilisé que dans une traduction officielle. Même là, le mot est employé plus particulièrement dans la description de la procédure de vente aux enchères, qui n'est que l'une des trois mesures douanières et qui est une norme de rang inférieur. Les États-Unis semblent accorder un poids important au choix du mot "shall" dans la traduction de cette norme de rang inférieur. Il pourrait ne pas en être ainsi dans d'autres différends. Toutefois, dans le présent différend, le Groupe spécial n'est pas convaincu que la traduction, sur la base d'une évaluation objective, peut étayer la conclusion que les États-Unis souhaitent apparemment en tirer en ce qui concerne la conformité des mesures en cause avec les obligations de la Chine dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a modifié le paragraphe, en partie comme cela lui était demandé.

*Vente aux enchères et "simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite"*

6.20 La Chine demande une révision de la conclusion formulée au paragraphe 7.397 c) pour les raisons suivantes: 1) l'article 46 ne s'applique pas aux marchandises dont tous les éléments contrefaits ont été retirés, étant donné qu'elles ne sont plus contrefaites; 2) le fait d'apposer de nouveau une marque de fabrique ou de commerce contrefaite est une infraction distincte; et 3) les autorités des États-Unis peuvent mettre des marchandises aux enchères publiques après élimination de la marque de fabrique ou de commerce.

6.21 Les États-Unis s'opposent à cette demande et répondent comme suit aux trois raisons avancées par la Chine: 1) il s'agit simplement là d'une variante d'un argument qui a déjà été traité aux paragraphes 7.381 et 7.382 du rapport intérimaire; 2) cela n'est pas pertinent, étant donné que l'obligation énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46 se rapporte à une procédure et non à l'effet juridique sur le fond de l'apposition d'une marque de fabrique ou de commerce contrefaite; 3) les États-Unis ont démontré précédemment que les arguments de la Chine concernant cet aspect du droit des États-Unis ne sont pas pertinents et sont sans fondement.

6.22 Le Groupe spécial n'a pas procédé à la modification demandée pour les raisons qu'il a déjà exposées au paragraphe 7.235 en ce qui concerne la portée temporelle des obligations énoncées à l'article 46; au paragraphe 7.264, dans lequel il a relevé que les "marchandises de marque contrefaites" auxquelles il est fait référence dans la quatrième phrase de l'article 46 sont une catégorie de marchandises contrefaites visées par ledit article; et aux paragraphes 7.375 et 7.382, en ce qui concerne le caractère insuffisant de la cessation de l'atteinte. Le Groupe spécial a modifié le paragraphe 7.382 afin de souligner que la quatrième phrase de l'article 46 impose une exigence additionnelle et a clarifié le paragraphe 7.388. Le troisième point soulevé par la Chine dans ses observations sur le réexamen intérimaire concerne des mesures des États-Unis qui ne font pas partie de la question dont est saisi le Groupe spécial.

*Circonstances exceptionnelles*

6.23 Les États-Unis demandent qu'il soit précisé avant le paragraphe 7.396 que les mesures douanières prévoient que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite est suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux, *et pas seulement* dans des circonstances exceptionnelles.

6.24 La Chine répond que le texte de l'Accord sur les ADPIC comporte le membre de phrase "si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles" et, par conséquent, que la demande faite au Groupe spécial pour qu'il modifie le libellé de sa constatation est injustifiée au vu des éléments de preuve versés au dossier et du texte de l'Accord sur le ADPIC.

6.25 Le Groupe spécial a ajouté la précision demandée. Il a employé le libellé "*et pas seulement* dans des circonstances exceptionnelles", comme demandé, car cela indique que les mesures douanières ne sont pas conformes à la formulation de la quatrième phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, pour ce qui est des circonstances exceptionnelles.

### **3. Seuils d'infraction pénale**

*Interprétation des mesures en cause*

6.26 Les États-Unis demandent que l'intertitre figurant au-dessus du paragraphe 7.471 soit modifié.

6.27 La Chine estime que cet intertitre n'est ni inexact, ni de nature à prêter à confusion.

6.28 Le Groupe spécial a procédé à la modification demandée, dans un souci de clarté.

*"à une échelle commerciale"*

6.29 Les États-Unis demandent que des aménagements soient apportés au texte ou que des renvois y soient insérés par souci de clarté pour indiquer que la notion a été exposée aux paragraphes 7.579 et 7.580.

6.30 Le Groupe spécial n'a pas procédé aux aménagements demandés. Il est indiqué au paragraphe 7.600 que l'interprétation de l'expression "à une échelle commerciale" est exposée au paragraphe 7.579 et que le Groupe spécial s'en tiendra à cette interprétation dans la sous-section suivante. Les paragraphes 7.605 et 7.607 établissent un lien entre cette interprétation et le marché chinois. Le Groupe spécial a modifié un aspect du paragraphe 7.580 et a ajouté un nouveau paragraphe en guise d'introduction au reste de l'évaluation du Groupe spécial.

*Article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC*

6.31 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.631 soit modifié afin de supprimer une référence à l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC, car elle pourrait être source de malentendus.

6.32 La Chine s'oppose à cette demande, car elle croit comprendre que cette déclaration du Groupe spécial s'inscrit dans le cadre de l'explication que celui-ci a donnée de la façon dont il a traité les éléments de preuve versés au dossier. La préoccupation des États-Unis n'a pas lieu d'être, car l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC ne fait pas partie de la question dont est saisi le Groupe spécial et l'utilisation par celui-ci du mot "nonobstant" indique que les conclusions formulées dans cette section le sont en dehors de toutes questions relatives à l'article 63:3.

6.33 Le Groupe spécial a apporté la modification demandée afin d'éviter tout éventuel malentendu quant au sens de l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC.

*Éléments de preuve matériels*

6.34 Les États-Unis demandent que le paragraphe 7.642 soit modifié en ce qui concerne les efforts déployés par Nintendo Amérique dans sa lutte contre la contrefaçon.

6.35 La Chine répond que le paragraphe 7.642 n'appelle aucune modification. Seules trois affaires pénales ont été analysées dans le rapport de Nintendo et le dossier du présent différend n'indique pas l'issue de deux d'entre elles.

6.36 Le Groupe spécial a procédé à la modification demandée, en partie, mais n'a formulé aucune conclusion quant à l'issue de deux des affaires analysées dans le rapport de Nintendo.

## **VII. CONSTATATIONS**

### **A. LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR**

#### **1. Description de la mesure en cause**

7.1 La présente section des constatations du Groupe spécial concerne la **Loi sur le droit d'auteur** de la Chine. La Loi sur le droit d'auteur a été adoptée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale et promulguée en 1990, puis modifiée par une décision du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale en 2001. Les allégations concernant cette loi portent en particulier

sur la première phrase de son article 4. Les parties sont convenues de traduire cette phrase comme suit:

"Les œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont illégales ne sont pas protégées par la présente loi."<sup>7</sup>

7.2 Dans le rapport, la première phrase de l'article 4 sera citée par commodité sous la forme "article 4(1)", bien que les paragraphes ne soient pas numérotés dans la version originale.

## **2. Allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**

7.3 Les États-Unis ont informé le Groupe spécial, dans leurs observations sur le projet de partie descriptive du présent rapport, qu'ils formulent une allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. À cet égard, ils renvoient le Groupe spécial aux arguments exposés dans leurs communications écrites. Ils notent également que leur demande d'établissement d'un groupe spécial se référait aux "articles 1<sup>er</sup> à 21 de la Convention de Berne".<sup>8</sup>

7.4 Le Groupe spécial rappelle que son mandat est limité à la question énoncée par les États-Unis dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial.<sup>9</sup> Le Groupe spécial rappelle également que, aux termes de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, la demande d'établissement d'un groupe spécial, entre autres choses, "contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème".

7.5 Dans le présent différend, la demande d'établissement d'un groupe spécial se réfère à l'article 5(1) et 5(2) de la Convention de Berne (1971), ainsi qu'à la disposition de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC qui renvoie à la Convention. La demande contient trois phrases sur la mesure en cause, puis une phrase reprenant l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971) suivie d'une conclusion invoquant l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, puis une autre phrase reprenant l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) suivie d'une conclusion invoquant l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. La demande ne se réfère pas expressément à l'article 2 de la Convention de Berne (1971).

7.6 C'est dans ce contexte que la demande d'établissement d'un groupe spécial citait la partie du texte de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC imposant à tous les Membres de l'OMC de se conformer aux "articles premier à 21" de la Convention de Berne. Elle n'indiquait nullement que la référence aux dispositions de la Convention de Berne (1971) incorporées dans l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC était censée viser spécifiquement une quelconque disposition de cette convention autre que l'article 5(1) et 5(2).

7.7 Le Groupe spécial relève que les articles 2 et 5 de la Convention de Berne (1971) sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par la même disposition, l'article 9:1 de l'Accord. Cependant, une référence à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et une référence globale à 28 dispositions de la Convention de Berne (1971) incorporées dans l'Accord ne suffisent pas à constituer "un bref exposé du fondement juridique de la plainte, ... suffisant pour énoncer clairement le problème". Dans ces conditions, le défendeur, les tierces parties et le Groupe spécial ne peuvent pas savoir quelles obligations particulières énoncées dans la Convention de Berne (1971) sont en cause.

---

<sup>7</sup> Traduction mutuellement convenue n° 11, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>8</sup> Observations des États-Unis sur le projet de partie descriptive du rapport, en date du 4 septembre 2008.

<sup>9</sup> Voir la note sur la constitution du Groupe spécial, document WT/DS362/8.

7.8 Le Groupe spécial note que sa conception de la façon appropriée d'exposer brièvement le fondement juridique d'une allégation présentée au titre des dispositions d'une convention relative à la propriété intellectuelle incorporée dans l'Accord sur les ADPIC est conforme à l'approche suivie par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, lequel a décidé qu'une allégation au titre d'une disposition de la Convention de Paris (1967) qui n'avait pas été expressément mentionnée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ne relevait pas de son mandat.<sup>10</sup>

7.9 Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, le Groupe spécial constate que la demande d'établissement d'un groupe spécial ne contient pas d'allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.10 Même si le Groupe spécial admettait, pour les besoins de l'argumentation, que la demande d'établissement d'un groupe spécial avait été imprécise dans sa référence globale aux dispositions incorporées de la Convention de Berne (1971) et dans sa référence spécifique à la "protection" des "œuvres" (termes utilisés à l'article 2(6) comme dans beaucoup d'autres dispositions de la Convention de Berne (1971)), il relève que les États-Unis n'ont pas non plus présenté expressément d'allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971) dans leur première communication écrite. Les États-Unis ont fait valoir dans cette communication que plusieurs des articles de la Convention de Berne auxquels la Chine doit se conformer en application de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC "sont pertinents" dans le présent différend. Ils ont cité l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), puis mentionné dix autres dispositions de cette convention pour analyser le sens de certaines expressions de l'article 5(1) se rapportant aux "œuvres" et aux "droits spécialement accordés".<sup>11</sup> L'article 2(6) était l'une de ces dix autres dispositions. Aucune de ces références ne laissait supposer l'existence d'une allégation au titre d'une autre disposition que l'article 5(1). Les États-Unis ont aussi fait valoir que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur exclut la protection du droit d'auteur pour toute une catégorie d'œuvres, alors que cette exclusion n'est pas autorisée ni même envisagée par la Convention de Berne. Ils ont mentionné six dispositions des articles 2 et *2bis* de la Convention de Berne (1971) à l'appui de cet argument.<sup>12</sup> L'article 2(6) était l'une de ces six dispositions. Il n'était cependant pas indiqué clairement qu'une allégation distincte était présentée au titre de l'article 2(6).

7.11 La Chine a compris que les allégations des États-Unis au titre de la Convention de Berne (1971), telle qu'incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, étaient présentées au titre des paragraphes 1 et 2 de l'article 5.<sup>13</sup>

7.12 Aucune des tierces parties n'a fait mention d'une allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971) tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.13 Même dans la communication qu'ils ont présentées à titre de réfutation, les États-Unis n'ont pas précisé explicitement qu'ils souhaitaient formuler une allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. En fait, ils n'ont présenté que deux allégations concernant les dispositions de la Convention de Berne. Par la première, ils soutenaient que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur refuse le droit d'auteur à des œuvres en contravention des obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et des "dispositions de la Convention de Berne" auxquelles renvoie l'article 9:1. Leurs arguments concernant les "œuvres" et les "droits" tendaient à étayer une allégation unique qui, eu égard à la demande d'établissement d'un groupe spécial, semblait être l'allégation initiale au titre de l'article 5(1)

---

<sup>10</sup> Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.37 à 7.43.

<sup>11</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 210 à 214.

<sup>12</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 215 et 216.

<sup>13</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 232; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 220.

tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Ils mentionnaient deux dispositions de l'article 2 - dont l'une était l'article 2(6) - sans formuler expressément d'allégation au titre de l'article 2(6). Un sous-titre mentionnait une incompatibilité avec "les articles 2 et 5(1) de la Convention de Berne" mais, puisque la définition des œuvres figurant à l'article 2 est pertinente pour l'allégation présentée au titre de l'article 5(1) (comme le montre l'examen de l'allégation formulée au titre de l'article 5(1) auquel procède le Groupe spécial plus loin aux paragraphes 7.115 et 7.116), il n'était toujours pas clair que les États-Unis souhaitaient présenter une allégation distincte au titre de l'article 2 de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.14 Pour les raisons indiquées plus haut, même si le Groupe spécial admettait, pour les besoins de l'argumentation, que la demande d'établissement d'un groupe spécial avait été imprécise, il constate que les communications soumises par les États-Unis aux réunions de fond avec le Groupe spécial n'expliquaient pas qu'une allégation était formulée au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

7.15 En conséquence, compte tenu des considérations qui précèdent, le Groupe spécial constate que l'allégation au titre de l'article 2(6) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, ne relève pas de son mandat.

### **3. Allégation au titre de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**

#### **a) Principaux arguments des parties**

7.16 Les États-Unis allèguent que l'article 4(1) de la Loi chinoise sur le droit d'auteur refuse la protection de cette loi à certaines catégories d'œuvres et citent le libellé de cette phrase. Ils rappellent que la Chine, lors de l'examen de sa législation par le Conseil des ADPIC en 2002, a expliqué que cette phrase visait les œuvres dont la publication ou la distribution étaient interdites par des lois et règlements tels que la Loi pénale, le Règlement sur l'administration de l'industrie de l'édition, le Règlement sur l'administration de la radiodiffusion, le Règlement sur l'administration des produits audiovisuels, le Règlement sur l'administration des films et le Règlement sur l'administration des télécommunications. Les États-Unis donnent des exemples de quatre règlements interdisant la publication ou la distribution d'œuvres dans des circonstances diverses.<sup>14</sup> Les États-Unis allèguent que l'article 4(1) de la Loi chinoise sur le droit d'auteur refuse aux auteurs d'œuvres "dont la publication ou la distribution<sup>15</sup> est illégale" le large ensemble des droits énumérés à l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur, qui reprend dans une grande mesure les droits prévus par les dispositions de la Convention de Berne (1971). Les auteurs d'œuvres privées de la protection de la Loi sur le droit d'auteur ne bénéficient pas non plus des mesures correctives prévues aux articles 46 et 47 de la loi. Par conséquent, les auteurs de ces œuvres ne jouissent pas des droits minimaux qui sont "spécialement accordés" par la Convention de Berne, en contradiction avec l'article 5(1) de cette convention.<sup>16</sup> Les États-Unis ont soumis des arguments plus détaillés au sujet de l'examen du contenu en relation avec l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) (voir plus loin le paragraphe 7.145).

---

<sup>14</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 68 et 69, renvoyant à l'examen de la législation de la Chine (document IP/Q/CHN/1, page 28) et paragraphes 70 à 85.

<sup>15</sup> Traduction du texte anglais de la notification de la Chine au Conseil des ADPIC (document IP/N/1/CHN/C/1). Les parties sont convenues par la suite que la traduction devrait être "la publication et/ou la diffusion" ("*publication and/or dissemination*").

<sup>16</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 217 à 219.

7.17 La Chine répond que le droit d'auteur prend naissance au moment de la création et qu'il est indépendant de la publication. L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur établit la pleine protection du droit d'auteur en incorporant expressément dans la loi chinoise les droits conférés par les accords internationaux, y compris la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC. En revanche, l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est d'une portée extrêmement restreinte. La Chine, comme beaucoup d'autres pays dans le monde, interdit la publication et la diffusion des œuvres constituées entièrement d'un contenu anticonstitutionnel ou immoral. L'article 4(1) dispose simplement qu'une telle œuvre n'est pas protégée par le droit d'auteur. La Chine a soutenu dans sa première communication écrite que l'application de l'article 4(1) n'était pas subordonnée à l'examen du contenu de l'œuvre, ni à aucun autre régime réglementaire relatif à la publication, et que la seule conséquence, lorsqu'il était constaté au cours de ce processus que le contenu était illégal, était le refus de l'autorisation de publier et non le refus du droit d'auteur. Spécifiquement, la Chine a fait valoir que les œuvres dont le contenu est refusé à l'issue de l'examen du contenu ne se voyaient pas refuser la protection du droit d'auteur.<sup>17</sup> L'article 17 de la Convention de Berne (1971) soumet au pouvoir souverain des États tous les droits accordés par ailleurs par cette convention.<sup>18</sup>

7.18 À la première réunion de fond avec le Groupe spécial, les États-Unis ont déclaré que la communication écrite de la Chine paraissait tout simplement concéder que l'article 4 de sa Loi sur le droit d'auteur était incompatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, puisque la Chine admettait que l'article 4(1) refuse la protection aux œuvres dont le contenu est illégal.<sup>19</sup>

7.19 À cette même réunion, la Chine a confirmé en partie sa première communication écrite, tout en précisant que, lorsqu'une œuvre aurait été révisée de manière que son contenu satisfasse à l'examen, elle protégerait le droit d'auteur sur la version révisée de l'œuvre, y compris à l'encontre de copies de la version non révisée qui porteraient atteinte au droit d'auteur sur la version révisée approuvée. Quant aux œuvres qui *ne satisfaisaient pas* à l'examen du contenu, la Chine a informé le Groupe spécial qu'elle avait l'intention de lui communiquer ultérieurement par écrit des observations et des explications complémentaires sur sa position.<sup>20</sup>

7.20 La Chine a remis ses observations complémentaires en même temps que ses réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond, en demandant au Groupe spécial de se fonder sur ces observations complémentaires dans la mesure où celles-ci contredisaient sa première communication écrite. La Chine a confirmé qu'elle protégerait le droit d'auteur si une œuvre avait été révisée pour que son contenu satisfasse à l'examen. Lorsqu'il n'y avait pas eu de version révisée autorisée, elle ferait respecter le droit d'auteur sur la portion légale de l'œuvre originale à l'encontre des copies d'une version révisée non autorisée. En revanche, elle ne ferait pas respecter le droit d'auteur à l'encontre des copies interdites, non révisées, d'une œuvre interdite, non révisée, qui n'aurait pas satisfait à l'examen du contenu.<sup>21</sup>

7.21 En même temps, en réponse aux questions du Groupe spécial, la Chine a indiqué que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur était sans préjudice du droit d'auteur existant en vertu de l'article 2 de cette loi. La Chine a prié le Groupe spécial de noter que, dans le régime chinois du droit d'auteur, il existe une distinction entre "droit d'auteur" et "protection du droit d'auteur". Dans la mesure où l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur viendrait à s'appliquer à l'égard d'une œuvre, il

---

<sup>17</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 228 à 230 et 234 à 254. Les paragraphes 243 à 252 ont été ultérieurement révisés par la Chine dans sa réponse à la question n° 52.

<sup>18</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 255 à 263.

<sup>19</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 79.

<sup>20</sup> Première déclaration orale de la Chine, paragraphes 81 à 86.

<sup>21</sup> Réponse de la Chine à la question n° 52. Voir aussi ses réponses à la question n° 51, ainsi qu'à la question n° 2 des États-Unis.

aurait pour effet, non pas de supprimer le droit d'auteur, mais de refuser à l'auteur les droits privatifs susceptibles d'exécution forcée.<sup>22</sup>

7.22 Les États-Unis, relevant que la Chine reconnaît refuser la protection du droit d'auteur à certaines œuvres dont les autorités chinoises déterminent que le contenu est illégal, affirment que la Chine a confirmé ainsi qu'elle agit de manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis réfutent comme suit l'argumentation de la Chine: premièrement, même si l'article 2(2) de la Loi sur le droit d'auteur accorde la protection aux œuvres d'auteurs étrangers, l'article 4(1) refuse la protection à celles dont la publication ou la distribution est illégale. L'article 2 ne peut pas, aux termes de l'article 4, s'appliquer à ces œuvres. Deuxièmement, l'article 4 refusant les droits exclusifs énumérés à l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur, c'est l'ensemble des droits exclusifs minimaux garantis par l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971) qui est refusé à ces œuvres. La distinction entre "droit d'auteur" et "protection du droit d'auteur" ne se trouve pas dans le texte de la Convention de Berne et elle est sans pertinence. Troisièmement, l'article 4(1) crée une incertitude commerciale considérable et, lorsqu'il est clair que la protection du droit d'auteur a été refusée à une œuvre, permet aux pirates de faire des bénéfices aux dépens du détenteur légitime du droit, y compris par l'exportation.<sup>23</sup> L'article 17 de la Convention de Berne (1971) n'autorise pas les Membres à refuser aux auteurs la protection du droit d'auteur sur leurs œuvres.<sup>24</sup>

7.23 La Chine répond que les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments de preuve *prima facie* de leur point de vue selon lequel la protection du droit d'auteur est subordonnée à l'examen du contenu (voir plus loin le paragraphe 7.145). C'est toute l'allégation au titre de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur qui est ainsi vouée à l'échec. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le libellé même constitue une violation, il existe une forte présomption en faveur de la compatibilité du droit des Membres avec le droit de l'OMC, et les États-Unis n'ont pas produit d'éléments de preuve en dehors du texte même de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur rend directement applicable en droit chinois les droits d'auteur reconnus par la Convention de Berne. La portée et l'effet de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur sont extrêmement limités.<sup>25</sup> Le pouvoir souverain d'interdire des œuvres, consacré par l'article 17 de la Convention de Berne (1971), permet aux Membres d'inscrire dans leur loi une disposition telle que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>26</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.24 L'Argentine estime que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur paraît refuser aux œuvres interdites ou non autorisées la protection prévue par l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur, qui incorpore les droits énumérés dans la Convention de Berne (1971). Elle ne veut pas dire par là que la Chine n'a pas le droit d'interdire la publication ou la distribution de certains types d'œuvres. En fait, l'article 17 de la Convention de Berne (1971) prévoit une telle possibilité.<sup>27</sup>

7.25 Le Canada note que la Chine a admis que l'article 4(1) de sa loi sur le droit d'auteur vise les œuvres, y compris celles de ressortissants des membres de l'Union de Berne, que les autorités chinoises jugent anticonstitutionnelles ou immorales, et que ces œuvres ne sont pas protégées en Chine. Le Canada ne voit pas en quoi cette conclusion est modifiée par la deuxième phrase de

---

<sup>22</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44, réitérée dans la communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 281.

<sup>23</sup> Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphes 184 à 194.

<sup>24</sup> Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphe 221.

<sup>25</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 225 et 226, 266 à 269, 276 et 277, et 281.

<sup>26</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 286 à 306.

<sup>27</sup> Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 89 à 91.

l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, étant donné que l'article 4 semble primer. Le Canada convient que les Membres peuvent interdire la publication et la distribution d'œuvres, mais considère qu'ils n'ont pas le droit de leur refuser la protection du droit d'auteur.<sup>28</sup>

7.26 Les Communautés européennes notent que la Chine reconnaît que l'article 4(1) de sa loi sur le droit d'auteur refuse la protection du droit d'auteur pour les œuvres dont "la publication ou la distribution est illégale" parce que leur contenu est "anticonstitutionnel ou immoral" ou "réactionnaire, pornographique ou superstitieux". Ce refus de la protection ne relève pas des exclusions ou des exceptions limitées autorisées par la Convention de Berne (1971) et l'Accord sur les ADPIC. L'article 17 de la Convention de Berne (1971) ne permet pas de limiter les droits exclusifs ni d'exclure des œuvres de la protection.<sup>29</sup>

7.27 Le Taipei chinois considère que, sans un examen du contenu, il ne pourra jamais être déterminé si une œuvre est anticonstitutionnelle ou immorale. La distribution des œuvres qui n'ont pas satisfait à l'examen du contenu est interdite par la loi, ce qui signifie qu'elles tombent sous le coup de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Des précisions sont nécessaires sur le point de savoir si la Chine protège les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen du contenu ou dont l'examen est en instance. Même si l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur était limité aux œuvres qui ne satisfont pas à l'examen du contenu, ce retrait de la protection serait incompatible avec l'obligation découlant de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971). Le Taipei chinois partage l'avis des deux parties selon lequel la Chine a le droit de procéder à un examen du contenu sur la base de l'article 17 de la Convention de Berne (1971).<sup>30</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

i) *Interprétation de la mesure en cause*

7.28 Le Groupe spécial note que cette allégation conteste la Loi chinoise sur le droit d'auteur, en particulier son article 4(1), non pas telle qu'elle a été appliquée dans un cas particulier, mais "en tant que telle". Les parties sont en désaccord sur l'interprétation qu'il convient de faire de cette mesure depuis peu après la première réunion de fond. En conséquence, le Groupe spécial est tenu, conformément à son mandat, de faire une évaluation objective du sens des dispositions pertinentes de cette mesure. Cela étant, le Groupe spécial est conscient que, objectivement, un Membre est normalement bien placé pour expliquer le sens de sa propre législation.<sup>31</sup> Cependant, dans le cadre d'un différend, chaque partie, dans la mesure où elle propose une interprétation particulière d'une disposition de la mesure qui est en cause, a la charge de prouver que son interprétation est correcte.<sup>32</sup> Le Groupe spécial souligne qu'il procède à cet examen uniquement aux fins de déterminer la conformité de la disposition avec les obligations pertinentes découlant de l'Accord sur les ADPIC.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 22 et 23; déclaration orale du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 15.

<sup>29</sup> Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 22 à 27; déclaration orale des Communautés européennes, paragraphe 21.

<sup>30</sup> Communication écrite du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphes 33 à 40.

<sup>31</sup> La Chine souligne que cette partie de cette allégation met en cause "un domaine abstrus du droit chinois, d'application pratique limitée, et relativement auquel on n'a que peu ou pas du tout d'expérience pratique sur quoi fonder les jugements de droit": voir la réponse de la Chine à la question n° 52.

<sup>32</sup> Voir les rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.55, et *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.106.

<sup>33</sup> Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphes 65 à 68.

7.29 Les États-Unis allèguent que le libellé même de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur refuse la protection immédiate et automatique à certaines œuvres créatives.<sup>34</sup>

7.30 La Chine répond que cette allégation était fondée sur l'"idée erronée" que la protection du droit d'auteur en Chine est subordonnée au résultat satisfaisant de l'examen du contenu.<sup>35</sup> Lorsqu'elle a abordé la question de savoir à quel moment le droit d'auteur prend naissance en droit chinois, la Chine a reconnu que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur refuse la protection à certaines œuvres en raison de leur contenu.<sup>36</sup>

7.31 Les États-Unis ont déclaré à la première réunion de fond que, compte tenu de ce qu'avait ainsi reconnu la Chine, celle-ci semblait simplement concéder que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur était incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC.<sup>37</sup> Le Canada et les Communautés européennes, en tant que tierces parties, ont été du même avis.<sup>38</sup> L'Argentine a considéré que le texte de l'article 4 était tout à fait clair.<sup>39</sup>

7.32 Après cette réunion, la Chine a précisé les termes de sa déclaration antérieure. Elle a expliqué que l'article 4(1) refuse "la protection du droit d'auteur" au sens de la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée, mais qu'il ne touche en rien au "droit d'auteur".<sup>40</sup>

7.33 Les États-Unis ont écarté l'explication de la Chine, la considérant comme une "distinction artificielle".<sup>41</sup>

7.34 Le Groupe spécial commence son examen en notant que le chapitre premier de la Loi sur le droit d'auteur comprend huit articles. L'article premier énonce l'objectif de la loi, qui est notamment de protéger les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, ainsi que les droits et intérêts apparentés au droit d'auteur.

7.35 L'article 2 énumère les critères de la protection. Le premier paragraphe (que le Groupe spécial citera sous la forme "article 2(1)") peut se traduire comme suit:

"Conformément à la présente loi, les citoyens chinois et les personnes morales ou autres entités chinoises jouissent du droit d'auteur sur leurs œuvres, qu'elles soient publiées ou non."<sup>42</sup>

7.36 Le deuxième paragraphe (que le Groupe spécial citera sous la forme "article 2(2)") peut se traduire comme suit:

"Est protégé par la présente loi le droit d'auteur dont jouissent les étrangers ou les apatrides sur leurs œuvres en vertu d'un accord conclu entre la Chine et le pays dont

---

<sup>34</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 196.

<sup>35</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 8.

<sup>36</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 229 et 243.

<sup>37</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 79.

<sup>38</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 22; communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphe 22; déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphe 21.

<sup>39</sup> Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphe 82.

<sup>40</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 280 et 281.

<sup>41</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 25.

<sup>42</sup> Traduction mutuellement convenue n° 11, pour ce qui est de la version anglaise.

l'auteur est ressortissant ou dans lequel il a sa résidence habituelle, ou en vertu d'un traité international auquel les deux pays sont parties."<sup>43</sup>

La Convention de Berne (1971) est définie comme un "traité international sur le droit d'auteur" aux fins des Dispositions relatives à l'application des traités internationaux sur le droit d'auteur.<sup>44</sup>

7.37 L'article 3 contient une liste non limitative des "œuvres" aux fins de la loi, y compris les œuvres de la littérature, des arts, des sciences exactes ou naturelles, des sciences sociales, de l'ingénierie et de la technologie, qui sont créés sous la forme de l'une quelconque d'une série d'œuvres énumérées.

7.38 L'article 4 dispose entre autres choses que certaines "œuvres" ne sont pas protégées par la Loi sur le droit d'auteur.

7.39 L'article 5 présente les objets auxquels la loi ne s'applique pas (il semble s'agir d'objets relevant du domaine public ou considérés comme non originaux).

7.40 L'article 6 dispose que certaines œuvres relèveront d'autres mesures.<sup>45</sup>

7.41 On peut observer un lien entre l'article 2(2) et l'article 4(1). L'article 2(2) dispose que le droit d'auteur dont jouissent certains ressortissants étrangers sur leurs œuvres "est protégé par la présente loi" (受本法保护), alors que l'article 4(1) utilise les mêmes termes, assortis d'une négation (不), pour disposer que certaines œuvres "ne sont pas protégées par la présente loi" (不受本法保护). Cela semble indiquer que l'article 4(1) refuse ce qu'accorde l'article 2(2).

7.42 S'agissant de l'article 4(1), le texte de cette disposition est cité plus haut, au paragraphe 7.1.

7.43 Le terme "œuvres" (作品) est défini dans l'article précédent (article 3).

7.44 L'expression "la publication et/ou la diffusion" (出版、传播) a été acceptée par les deux parties comme une traduction correcte. Auparavant, les parties avaient utilisé les expressions "la publication ou la distribution" et "la publication et la diffusion". La Chine allègue que le mot traduit par "diffusion" (传播) a un sens différent et plus large qu'un mot qui est souvent utilisé dans ses règles relatives à l'examen du contenu et qui peut se traduire par "distribution" (发行).<sup>46</sup>

7.45 Le terme "illégal" (依法禁止) – contraire à la loi – ne vise apparemment pas un texte de loi particulier mais pourrait s'appliquer à toute loi interdisant la publication ou la diffusion d'une œuvre. Les États-Unis allèguent que l'expression vise d'"autres lois et règlements".<sup>47</sup> De toute façon, il ressort à l'évidence de son libellé que cette disposition s'applique à une catégorie d'"œuvres", cette catégorie étant définie comme composée des œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont, d'une manière ou d'une autre, illégales. (L'expression est examinée plus en détail plus loin, aux paragraphes 7.72 à 7.82.)

---

<sup>43</sup> Traduction mutuellement convenue n° 11, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>44</sup> Dispositions sur l'application des traités internationaux sur le droit d'auteur, promulguées par décret du Conseil des affaires de l'État en 1992 et ayant pris effet en 1992, article 3, reproduites dans la pièce CHN-117. Ces dispositions, qui sont antérieures à l'Accord sur les ADPIC, n'incluent pas cet accord dans la définition des "traités internationaux sur le droit d'auteur", bien que d'autres dispositions juridiques le fassent peut-être. Les États-Unis n'ont pas contesté cet aspect de la mesure.

<sup>45</sup> Les autres dispositions du chapitre premier concernent les services chargés de l'administration du droit d'auteur (article 7) et la gestion collective des droits (article 8).

<sup>46</sup> Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

<sup>47</sup> Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphe 201.

7.46 Le membre de phrase traduit par "ne sont pas protégés par la présente loi" (不受本法保护) ("shall not be protected by this Law") ne contient pas dans le texte original d'auxiliaire équivalant au mot anglais "shall". Il n'est pas contesté cependant que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est une disposition impérative. La "présente loi" (本法) est évidemment la Loi sur le droit d'auteur. Tel qu'il est libellé, cet article vise la protection de la Loi sur le droit d'auteur, et non pas tel ou tel composant de cette protection.

7.47 Les États-Unis ont expliqué que ce membre de phrase avait pour effet le refus des droits énumérés à l'article 10 et des mesures de réparation énumérées aux articles 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>48</sup> La Chine a admis qu'il englobait tous les droits énoncés à l'article 10.<sup>49</sup>

7.48 Le Groupe spécial relève que la protection offerte par la Loi sur le droit d'auteur est organisée, entre autres, par la première section du chapitre II intitulée "Des titulaires du droit d'auteur et de leurs droits". Cette section comprend l'article 10, qui dispose que le "droit d'auteur" comprend quatre droits moraux et 13 droits patrimoniaux qui sont énumérés au premier paragraphe de cet article. Ces droits patrimoniaux sont, par exemple: 5) le droit de reproduction, 11) le droit de radiodiffusion, 14) le droit d'adaptation et 15) le droit de traduction. Chacun des droits expressément énoncés dans cette liste se rapporte à "une œuvre" (作品). Le deuxième paragraphe de l'article 10 dispose que les titulaires du droit d'auteur peuvent "autoriser" les tiers à exercer les droits patrimoniaux énumérés aux points 5) à 17). La section 3 du chapitre II, intitulée "De la durée de protection des droits", prévoit à l'article 21 la durée de "protection" des droits patrimoniaux énumérés aux points 5) à 17) du premier paragraphe de l'article 10.

7.49 Les droits patrimoniaux semblent être des droits exclusifs eu égard, entre autres, à l'article 11, qui dispose que le droit d'auteur sur une œuvre appartient à son auteur, et à l'article 24, qui dispose que toute personne qui exploite une œuvre créée par autrui doit conclure un contrat de licence avec le titulaire du droit d'auteur, sous réserve d'exceptions.

7.50 Le Groupe spécial constate que la Loi sur le droit d'auteur est suffisamment claire, dans son libellé, pour montrer que l'article 4(1) refuse la protection de l'article 10 à certaines œuvres, y compris celles des ressortissants de Membres de l'OMC, comme l'allèguent les États-Unis.

7.51 Cette interprétation est conforme à un avis de la Cour populaire suprême chinoise, et elle est éclairée par cet avis, rendu en 1998 dans le cadre d'un procès interne qui sera cité par le Groupe spécial sous le titre "affaire *Inside Story*".<sup>50</sup> Les États-Unis ont produit une lettre adressée par la Cour populaire suprême à une Haute Cour populaire provinciale à l'occasion de cette affaire et republiée par la Cour populaire suprême en 2000.<sup>51</sup> Cette lettre, émanant de l'organe judiciaire suprême de la Chine, est instructive pour l'interprétation de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>52</sup> L'affaire portait sur un livre dont la publication violait un règlement administratif, mais dont le contenu ne violait aucune loi. Par cette lettre, la Cour a décidé que les juridictions des premier et second degrés

---

<sup>48</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 217 et 218.

<sup>49</sup> Réponse de la Chine à la question n° 89.

<sup>50</sup> Le titre du livre sur lequel portait le litige commence par les mots "Inside Story" ("Les dessous de ...").

<sup>51</sup> Lettre de la Cour populaire suprême à la Haute Cour populaire de la province de Hunan dans l'affaire *Zheng Haijin c. Xu Zheng Xiong et Maison populaire d'édition de Tianjin* (知监字 [1998] lettre n° 33). La lettre a été republiée par la Cour populaire suprême le 9 mars 2000 dans une série de documents consacrés à la propriété intellectuelle. Elle est maintenant accessible sur le site Internet de l'Office d'État de la propriété intellectuelle sous le titre "Interprétation judiciaire" (司法解释). La version originale figure dans la pièce US-60.

<sup>52</sup> Le Groupe spécial prend acte du fait que les décisions judiciaires en Chine n'ont pas d'effet obligatoire pour les autres juridictions, mais ont seulement valeur de référence.

avaient à bon droit jugé que le livre en cause était protégé par la Loi sur le droit d'auteur pour la raison suivante:

"*Inside Story* a été à l'origine publié dans le magazine "Yanhuang Chunqiu" (1994, n° 2). En mai de la même année, le Département du Front uni du Comité du parti communiste de la province de Sichuan a examiné le livre et en a approuvé la publication. Rien dans le texte de *Inside Story* n'a été jugé violer aucune loi. C'est donc à bon droit que les tribunaux des premier et second degrés lui ont accordé la protection de la Loi sur le droit d'auteur."<sup>53</sup>

7.52 Le Groupe spécial constate que la lettre de la Cour populaire suprême confirme que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur refuse la protection du droit d'auteur et qu'elle explique que l'article 4(1) s'applique lorsque la publication et/ou la diffusion d'une œuvre sont interdites en raison de son contenu.

7.53 Le Groupe spécial relève que les communications de la Chine elle-même étayent ce point de vue. En affirmant que l'application de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est indépendante de l'examen du contenu ou de tout autre régime réglementaire lié à la publication (en réponse à l'allégation selon laquelle l'examen du contenu constituait une "formalité" au sens de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971)), la Chine a déclaré ce qui suit:

"La Chine, comme nombre de pays dans le monde, interdit la publication et la diffusion des œuvres constituées entièrement d'un contenu anticonstitutionnel ou immoral. L'article 4(1) dispose simplement qu'une telle œuvre n'est pas non plus protégée par le droit d'auteur ..."<sup>54</sup>

"En droit, l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne refuse la protection qu'aux œuvres dont le contenu est complètement anticonstitutionnel ou immoral".<sup>55</sup>

"La Chine note aussi que, dans la mesure où l'article 4(1), indépendamment de la procédure d'examen du contenu, pourrait avoir pour effet de refuser la protection du droit d'auteur à une œuvre par ailleurs jugée illégale par un tribunal, cette interdiction est autorisée par l'article 17 de la Convention de Berne ..."<sup>56</sup>

7.54 La Chine a soumis une réponse écrite de l'Administration nationale chinoise du droit d'auteur ("NCAC") à une demande que lui avait adressée la Cour populaire suprême dans l'affaire *Inside Story* avant de lui envoyer la lettre citée plus haut au paragraphe 7.51. La Chine a cité dans sa première communication écrite la réponse de la NCAC, et notamment l'extrait suivant:

"En vertu de la Loi sur le droit d'auteur, le droit d'auteur prend naissance dès la création de l'œuvre. En règle générale, l'auteur est titulaire du droit d'auteur, et il est protégé par la Loi sur le droit d'auteur. Seules les œuvres dont la publication ou la diffusion est illégale ne bénéficient pas de la protection de la Loi sur le droit d'auteur. Toutefois, l'expression "œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont illégales", à l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, s'entend seulement des œuvres dont le contenu est illégal (réactionnaire, pornographique ou superstitieux). Si son contenu

---

<sup>53</sup> Pièce US-60.

<sup>54</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 229.

<sup>55</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243.

<sup>56</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 280.

est illégal, *Inside* ne sera pas protégé par la Loi sur le droit d'auteur, et aucune maison d'édition ne le publiera ni ne le diffusera ..."<sup>57</sup>

7.55 De ce qui précède, la Chine a tiré dans sa première communication écrite la conclusion suivante:

"Ainsi, la NCAC a précisé que c'est seulement lorsqu'il est constaté que le contenu de l'œuvre est illégal que l'article 4(1) s'appliquera; la violation des règles de l'édition ne prive pas le détenteur de son droit à ce que le droit d'auteur soit protégé et défendu par la loi."<sup>58</sup>

7.56 Dans sa première déclaration orale, la Chine a déclaré ce qui suit:

"La Chine note également que, s'il est vrai que l'article 4(1), tel qu'il est libellé, pourrait avoir pour effet de faire refuser la protection aux œuvres dont le contenu est illégal ou immoral, la procédure d'examen du contenu est indépendante de l'article 4."<sup>59</sup>

7.57 Les éléments qui précèdent confirment la constatation formulée plus haut par le Groupe spécial au paragraphe 7.50, telle qu'elle a été confirmée et précisée au paragraphe 7.52. Par la suite, la Chine a continué à confirmer ce point (sous réserve d'une précision exposée plus loin au paragraphe 7.61), mais elle a expliqué que le refus de la protection en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur était l'objet d'une décision d'un tribunal ou de la NCAC. En réponse aux questions posées après la première réunion de fond, la Chine a déclaré ce qui suit:

"L'article 4(1) de la Loi chinoise sur le droit d'auteur donne aux juridictions chinoises et à l'Administration nationale du droit d'auteur de la Chine le pouvoir de refuser la protection du droit d'auteur aux œuvres qui sont illégales."<sup>60</sup>

7.58 Dans la communication qu'elle a présentée à titre de réfutation, la Chine a répété ses propos dans les termes suivants:

"Et l'article 4(1) ne constitue en aucune autre façon une condition préalable au droit d'auteur ... Dans l'esprit des autorités chinoises, l'article 4(1) a vocation à s'appliquer en tant que condition subséquente dans un contexte judiciaire étroitement limité et, dans la mesure où il s'applique ainsi, il est entièrement compatible avec les exigences de la Convention de Berne."<sup>61</sup> (note de bas de page omise)

7.59 La Chine a expressément reconnu qu'elle ne protégerait pas le droit d'auteur sur la version interdite non révisée d'une œuvre qui n'aurait pas satisfait à l'examen du contenu, dans le cas où des mesures d'exécution forcée seraient demandées à l'encontre de versions contrefaisantes interdites, non révisées.<sup>62</sup>

7.60 Toutes les déclarations qui précèdent confirment l'opinion que le Groupe spécial s'est faite sur la base des éléments de preuve soumis par les États-Unis y compris, en particulier, le libellé même de

---

<sup>57</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243, citant une réponse du Département de l'Administration du droit d'auteur de la NCAC (权司 [1998] n° 39) à la Chambre des droits de propriété intellectuelle de la Cour populaire suprême, reproduite dans la pièce CHN-118.

<sup>58</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243.

<sup>59</sup> Première déclaration orale de la Chine, paragraphe 83.

<sup>60</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44.

<sup>61</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 261.

<sup>62</sup> Réponse de la Chine à la question n° 52.

la Loi sur le droit d'auteur, opinion selon laquelle l'article 4(1) de cette loi prévoit que la protection du droit d'auteur est refusée à certaines œuvres en raison de leur contenu.

7.61 Après la première réunion de fond, cependant, la Chine a apporté des précisions sur ses déclarations précédentes. La Chine affirme que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur n'entraîne pas le refus du "droit d'auteur", mais seulement celui de la "protection du droit d'auteur". Elle fait valoir que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est sans incidence sur la naissance du droit d'auteur reconnu par l'article 2. Le principe essentiel est que, en droit chinois, la protection de la Loi sur le droit d'auteur ne sera pas assurée pour les œuvres dont le contenu est déjà illégal. La Chine s'est expliquée comme suit:

"Dans la mesure où l'article 4(1) viendrait à s'appliquer à l'égard d'une œuvre, il aurait pour effet non pas de supprimer le droit d'auteur, mais de refuser les droits privatifs susceptibles d'exécution forcée. L'application de l'article 4(1) n'entraînerait donc en aucune manière une violation de l'article 5(1) de la Convention de Berne puisqu'il ne supprime pas le droit d'auteur résiduel découlant de l'article 2. En cas d'application, son effet serait de refuser au détenteur le pouvoir de censure privée qui existerait normalement pour les œuvres non interdites."<sup>63</sup>

7.62 En réponse aux questions posées après la deuxième réunion de fond, la Chine a fait valoir que, après le refus de la "protection" en vertu de l'article 4(1), la reconnaissance fondamentale du droit d'auteur – la "jouissance" ou le "bénéfice" du droit d'auteur – se poursuivrait.<sup>64</sup> Comme il a été indiqué plus haut, les États-Unis jugent cette distinction artificielle.<sup>65</sup>

7.63 Le Groupe spécial relève que, pour la Chine, la "protection" de la Loi sur le droit d'auteur visée à l'article 4(1) de la loi équivaut aux droits d'exécution forcée. Cependant, la Chine ne démontre pas que le texte de l'article 4(1) fournit une base appropriée permettant d'en limiter l'effet à un des composants de la protection prévue par la Loi sur le droit d'auteur. La Chine oppose la "protection" de la Loi sur le droit d'auteur visée à l'article 4(1) et la "jouissance" du droit d'auteur prévue à l'article 2 de la loi. Cependant, les notions contenues à l'article 2(2) et à l'article 4(1) sont, à première vue, identiques. La Chine fait observer que l'article 4(1) ne dit pas que certaines œuvres "ne jouissent pas du droit d'auteur".<sup>66</sup> Cela est vrai, mais c'est la protection de la loi qui *constitue* le droit d'auteur.

7.64 L'argument de la Chine établissant une distinction entre "droit d'auteur" et "protection du droit d'auteur" oppose également, d'un côté, la naissance du droit d'auteur en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, qui selon la Chine se produirait au moment de la création de l'œuvre, automatiquement et sans formalités, et, de l'autre côté, la procédure de refus du droit d'auteur prévue par l'article 4(1) de la même loi, qui n'aurait lieu qu'après décision d'un tribunal ou de la NCAC, au cours d'une procédure en exécution.

7.65 Les États-Unis estiment que le fait qu'un auteur puisse ne pas être officiellement averti de l'effet de l'article 4 avant que le refus de la protection ait été prononcé par un organisme ou un tribunal compétent pour l'examen du contenu ne paraît pas modifier la manière dont la loi s'applique.<sup>67</sup>

7.66 Le Groupe spécial considère que la distinction établie par la Chine n'est pas appropriée. Elle semble être une conséquence de la règle selon laquelle la jouissance et l'exercice du droit d'auteur *ne*

---

<sup>63</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44; voir aussi sa réponse à la question n° 45 et sa communication présentée à titre de réfutation, paragraphes 280 et 281.

<sup>64</sup> Réponse de la Chine à la question n° 92.

<sup>65</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 25.

<sup>66</sup> Réponse de la Chine à la question n° 88.

<sup>67</sup> Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphe 188.

doivent être soumis à aucune formalité, alors que le refus de la protection, selon la Chine, *est* soumis à une décision formelle. Même si l'on admet la validité de la distinction, celle-ci ne rend pas correctement compte de la situation existant *après* qu'un tribunal ou la NCAC a refusé la protection à une œuvre en vertu de l'article 4(1) sur le droit d'auteur. On peut difficilement concevoir que le droit d'auteur continue d'exister intact une fois que les autorités compétentes ont refusé la protection du droit d'auteur à une œuvre en raison de la nature de cette œuvre et de l'interdiction inscrite dans la Loi sur le droit d'auteur elle-même.

7.67 Après un refus de la protection du droit d'auteur en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, la Chine n'a pas expliqué en quel sens les auteurs jouiraient du droit d'auteur, ou en quel sens le droit d'auteur existerait, sur leurs œuvres. Par exemple, elle n'a pas expliqué comment les auteurs pourraient faire valoir leur qualité de titulaire du droit d'auteur ou concéder sous licence ou céder le droit d'auteur sur leurs œuvres. Dans la mesure où, dans cette situation, il existe un droit d'auteur en vertu de l'article 2, ce droit semblerait n'être qu'un fantôme de droit, dont l'existence ne pourrait pas être démontrée. En conséquence, sur la base des éléments de preuve qui lui ont été soumis, le Groupe spécial n'est pas en mesure de conclure que, après qu'une œuvre s'est vu refuser la protection en application de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, l'auteur pourrait jouir du "droit d'auteur" sur cette œuvre.

7.68 De toute façon, selon l'économie de l'Accord sur les ADPIC, certains objets sont protégés en vertu de la Partie II et les Membres doivent faire en sorte que les procédures visant à mettre en œuvre cette protection soient établies conformément aux dispositions de la Partie III. Si la loi d'un Membre dispose qu'un objet pouvant prétendre à la protection ne sera pas protégé par une loi de propriété intellectuelle, elle ne dispose pas simplement qu'il n'aura pas accès aux procédures d'exécution, d'une manière incompatible avec la Partie III. Une telle disposition est en fait incompatible aussi avec la Partie II. S'il est vrai que les autorités judiciaires chinoises peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, décider qu'elles n'accorderont pas certaines mesures correctives dans certaines circonstances particulières, l'article 4(1) de la Loi chinoise sur le droit d'auteur va plus loin, et refuse purement et simplement la protection à un objet qui y a normalement droit.

7.69 La Chine se réfère à la lettre de la Cour populaire suprême et à la réponse écrite de la NCAC dans l'affaire *Inside Story*, qui ont été citées toutes les deux plus haut, pour appuyer la distinction entre "droit d'auteur" et "protection du droit d'auteur".<sup>68</sup> Le Groupe spécial fait observer que ces éminentes autorités ont repris les termes de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur et que la NCAC a relié l'article 4(1) à la fois à la protection et à la jouissance du droit d'auteur.<sup>69</sup> Le Groupe spécial ne voit donc pas pour quelle raison cet élément de preuve conduirait à une conclusion différente de celle à laquelle il est parvenu sur la base du libellé même de la Loi sur le droit d'auteur.

7.70 La Chine affirme que l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur met directement en œuvre dans le droit chinois les droits d'auteur prévus par la Convention de Berne (1971) et que, dès lors que le droit d'auteur est accordé en vertu de la Convention de Berne, ce droit est protégé par la loi chinoise.<sup>70</sup> La Chine ne soutient pas qu'un traité international l'emporterait sur la Loi sur le droit d'auteur à l'égard des œuvres étrangères en cas de contradiction avec les obligations inscrites dans le traité

---

<sup>68</sup> Réponses de la Chine aux questions n° 88 et 92.

<sup>69</sup> La réponse de la NCAC mentionnée plus haut dans la note de bas de page 57 indiquait ce qui suit: "Cependant, si le contenu ne viole pas la loi ..., l'œuvre n'entre pas dans la catégorie des "œuvres dont la publication ou la diffusion sont illégales" au sens de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur ... [L]e contenu du livre n'était pas illégal, et il convient donc d'affirmer que *Zheng Haijin jouit du droit d'auteur* sur *Inside*." (pas d'italique dans l'original)

<sup>70</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 240; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 276 et 277. La Chine ne soutient pas qu'il met directement en œuvre l'Accord sur les ADPIC.

international.<sup>71</sup> Elle confirme expressément au contraire que l'article 4(1) est considéré comme une exception limitée au principe général de l'article 2.<sup>72</sup> Le Groupe spécial ne voit donc aucune raison de tenir compte de l'effet direct que pourraient avoir les droits spécialement accordés par la Convention de Berne (1971), telle qu'incorporée par l'Accord sur les ADPIC.

7.71 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial ne considère pas que la Chine ait apporté des éléments de preuve qui infirmeraient la constatation qu'il a énoncée plus haut au paragraphe 7.50.

ii) *Les critères d'illégalité des œuvres*

7.72 Le Groupe spécial va maintenant examiner quelles sont les diverses œuvres qui relèvent de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. La réponse dépend en grande partie du sens donné au membre de phrase "dont la publication et/ou la diffusion sont illégales" figurant à l'article 4(1). Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a faite plus haut au paragraphe 7.45, à savoir que cette expression ne paraît viser aucune loi particulière.

7.73 Les États-Unis présentent une liste exemplative de lois et règlements interdisant la publication ou la distribution, qui, selon eux, entraînent le refus de la protection du droit d'auteur en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Cette liste a été fournie par la Chine en 2002 lors de l'examen de sa législation par le Conseil des ADPIC, en réponse à une question concernant les lois et règlements visés par l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Les lois et règlements mentionnés dans cette liste sont la Loi pénale, le Règlement sur l'administration de l'industrie de l'édition, le Règlement sur l'administration de la radiodiffusion, le Règlement sur l'administration des produits audiovisuels, le Règlement sur l'administration des films et le Règlement sur l'administration des télécommunications.<sup>73</sup>

7.74 La Chine confirme que les lois énumérées dans la liste font référence à un critère juridique définissant les types d'œuvres, ou de contenus, qui sont contraires à la loi.<sup>74</sup> En réponse à une question du Groupe spécial, la Chine a confirmé que le mot "illégal" a un sens large et peut s'appliquer aux critères définis dans diverses dispositions de certains des textes de lois et de réglementations figurant dans cette liste, si bien qu'une œuvre dont le contenu est interdit par ces textes est une œuvre illégale au sens de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>75</sup>

7.75 Le Groupe spécial note que les parties ont fini par se mettre d'accord en ce qui concerne les critères de l'illégalité des œuvres mais, compte tenu de l'évolution qu'a connue cette question dans la procédure, il va examiner les éléments de preuve.

7.76 La lettre de la Cour populaire suprême de la Chine, dans l'affaire *Inside Story*, montre que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur a été considéré comme inapplicable dans cette affaire,

---

<sup>71</sup> Par exemple en vertu d'une disposition spécifique telle que l'article 19 des Dispositions sur l'application des traités internationaux sur le droit d'auteur qui figurent dans la pièce CHN-117, ou des principes généraux du droit.

<sup>72</sup> Réponse de la Chine aux questions n° 45 et 89; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 280.

<sup>73</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 69, dans lequel est cité le document IP/Q/CHN/1, page 28. Cette liste était également reproduite dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, mais les États-Unis, dans leurs communications au Groupe spécial, ne demandent pas de réparation en ce qui concerne ces mesures dans le cadre de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur: voir plus haut le paragraphe 2.4, note de bas de page 3. La Chine a confirmé que le règlement cité sous le titre "Règlement sur l'administration des télécommunications" est le Règlement sur les télécommunications cité plus loin dans la note de bas de page 82: voir la première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

<sup>74</sup> Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

<sup>75</sup> Réponse de la Chine à la question n° 90.

puisque rien dans le texte de l'œuvre en cause n'avait été jugé violer "aucune loi".<sup>76</sup> Les termes de cette lettre ne s'appliquaient pas spécifiquement à des lois particulières, mais semblaient englober toute loi qui détermine la légalité du contenu.

7.77 La réponse écrite adressée par la NCAC à la Cour populaire suprême chinoise dans la même affaire a été traduite comme suit:

"Toutefois, l'expression "œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont illégales", à l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, s'entend seulement des œuvres dont le contenu est illégal (réactionnaire, pornographique ou superstitieux)."<sup>77</sup>

7.78 La Chine, dans sa première communication écrite au Groupe spécial, a interprété cette réponse comme suit:

"En droit, l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne refuse la protection qu'aux œuvres dont le contenu est complètement anticonstitutionnel ou immoral."<sup>78</sup>

7.79 Les larges critères cités par la Chine dans sa communication ont semblé être, aux yeux du Groupe spécial, des composants des critères appliqués en vertu de la réglementation sur l'examen du contenu. Par exemple, l'article 25 du Règlement sur l'administration des films, l'article 3 du Règlement sur l'administration des produits audiovisuels et l'article 26 du Règlement sur l'administration de l'édition contiennent des listes identiques de dix catégories de contenus de films, de produits audiovisuels et de publications interdits, à savoir les contenus qui:

- "1) sont contraires aux principes fondamentaux inscrits dans la Constitution;
- 2) compromettent l'union, la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'État;
- 3) divulguent des secrets d'État, mettent en danger la sûreté de l'État ou nuisent à son prestige et à ses intérêts;
- 4) incitent à la haine et à la discrimination entre groupes ethniques, nuisent à leur unité ou violent leurs us et coutumes;
- 5) font de la propagande pour les cultes et la superstition;
- 6) troublent l'ordre public et attaquent la stabilité sociale;
- 7) encouragent l'obscénité, les jeux d'argent ou la violence, ou la commission de délits;
- 8) insultent ou calomnient autrui, ou portent atteinte aux droits et intérêts légitimes d'autrui;
- 9) mettent en danger l'éthique sociale ou les belles traditions culturelles nationales;

---

<sup>76</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.51, dans lequel est citée la lettre de la Cour populaire suprême reproduite dans la pièce US-60.

<sup>77</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.54. La NCAC est une direction de l'administration du droit d'auteur compétente au sens de l'article 7 de la Loi sur le droit d'auteur.

<sup>78</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243.

- 10) constituent d'autres contenus interdits par les lois, les règlements administratifs et les dispositions de l'État."<sup>79</sup>

7.80 La Chine a confirmé que les contenus relevant des catégories 1), 2) et 7) étaient "manifestement anticonstitutionnels".<sup>80</sup> Les catégories 5) et 7) visent apparemment les contenus "superstitieux" et "pornographiques" ou les contenus "immoraux" qui sont mentionnés plus haut aux paragraphes 7.77 et 7.78. En réponse à une question du Groupe spécial, la Chine a déclaré que le mot "illégal" peut se référer aux critères de fond susmentionnés<sup>81</sup> et à des dispositions telles que l'article 57 du Règlement sur les télécommunications<sup>82</sup> et l'article 364 de la Loi pénale.<sup>83</sup>

7.81 Le Groupe spécial relève que la liste des contenus prohibés figurant dans les trois règlements relatifs à l'examen du contenu cités au paragraphe 7.79 comprend six autres catégories de contenus que la NCAC n'a pas mentionnées. Le Groupe spécial n'en déduit pas cependant que, dans l'esprit de la NCAC, les critères servant à déterminer si la publication et/ou la diffusion d'une œuvre sont illégales aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur sont plus étroits que l'ensemble des critères énumérés dans les Règlements relatifs à l'examen du contenu. Dans sa réponse écrite, la NCAC a cité trois critères larges suivis dans la version originale par 等, signifiant "etc.", ce qui montre que la liste n'était pas limitative; de plus, cette réponse écrite s'inscrivait dans le contexte d'une affaire où la question était de savoir si une publication interdite pour des raisons administratives *sans rapport* avec le contenu enfreignait l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Les communications de la Chine visées plus haut au paragraphe 7.74 paraissent confirmer ce point de vue.

7.82 Pour les raisons susindiquées, le Groupe spécial admet que les œuvres illégales aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur comprennent les œuvres dont le contenu est considéré comme illégal en vertu des critères énoncés dans les textes de lois et règlements cités plus haut au paragraphe 7.73, y compris les règlements relatifs à l'examen du contenu.

*iii) La procédure suivie pour déterminer qu'une œuvre est illégale aux fins de l'article 4(1)*

7.83 Le Groupe spécial note que l'éventail des œuvres "illégales" peut dépendre non seulement des critères en vertu desquels le contenu est considéré comme illégal, mais aussi de la procédure suivie pour déterminer qu'une œuvre a un contenu illégal aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.

7.84 Les États-Unis allèguent que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur s'applique a) aux œuvres qui n'ont jamais été soumises à un examen du contenu en Chine; b) aux œuvres dont l'examen du contenu est en instance en Chine; c) aux versions non autorisées d'œuvres qui ont été révisées en vue de leur distribution en Chine; d) aux œuvres dont le contenu n'a pas été accepté à l'issue de l'examen.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Traduction mutuellement convenue n° 12, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>80</sup> Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 255, dans laquelle il est fait référence aux articles 52 à 54 de la Constitution de 1982, reproduits dans la pièce CHN-122.

<sup>81</sup> Réponse de la Chine à la question n° 90, citant dans la note de bas de page 3 les dix critères énoncés à l'article 25 du Règlement sur l'administration des films.

<sup>82</sup> L'article 57 du Règlement sur les télécommunications adopté par le Comité permanent du Conseil des affaires de l'État le 20 septembre 2000 et promulgué par le Décret n° 291 du Conseil des affaires de l'État le 25 septembre 2000 cite un grand nombre de critères identiques à ceux de l'article 25 du Règlement sur l'administration des films. Le texte du Règlement sur les télécommunications est reproduit dans la pièce CHN-124.

<sup>83</sup> L'article 364 de la Loi pénale interdit entre autres choses la diffusion de contenus pornographiques. L'article 364 est reproduit dans la pièce CHN-1.

<sup>84</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 198.

7.85 La Chine, dans sa première communication écrite, a affirmé que la procédure d'examen du contenu est indépendante de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur et que le seul résultat d'une décision concluant que le contenu est illégal est le refus de l'autorisation de publier. Rien dans cette conclusion n'entraîne le refus du droit d'auteur.<sup>85</sup> Toutefois, après la première réunion de fond, la Chine a modifié de longs passages de sa première communication écrite concernant les relations entre droit d'auteur et examen du contenu.<sup>86</sup>

7.86 La Chine soutient que "le processus d'examen du contenu reste, sur le plan administratif, distinct du droit d'auteur".<sup>87</sup> Les seules autorités compétentes pour rendre une décision en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur sont les tribunaux et la NCAC. Ceux-ci, toutefois, lorsqu'ils prennent une décision relative à la protection du droit d'auteur en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, "s'inclinent" devant une conclusion résultant de l'examen du contenu. Lorsqu'une autorité compétente pour l'examen du contenu décide qu'une œuvre a un contenu illégal, cette conclusion "guidera" la décision de la NCAC ou du tribunal déclarant que l'œuvre doit être considérée comme "illégal". La Chine reconnaît expressément que, lorsque le contenu d'une œuvre n'a pas été approuvé à l'issue de l'examen, elle ne protégera pas le droit d'auteur sur la version illégale non révisée d'une œuvre à l'encontre de versions contrefaisantes qui sont également illégales et non révisées. Elle ne protégera pas non plus le droit d'auteur sur la portion supprimée d'une œuvre qui a été révisée de manière que son contenu satisfasse à l'examen.<sup>88</sup>

7.87 Le Groupe spécial commencera par examiner les œuvres dont le contenu, dans son ensemble, n'a pas satisfait à l'examen.<sup>89</sup> Les parties conviennent que ces œuvres sont interdites en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Le Groupe spécial rappelle que l'article 4(1) refuse aux œuvres interdites la protection de la Loi sur le droit d'auteur, et pas seulement certains éléments de la protection de cette loi. La Chine affirme que les œuvres dont le contenu n'a pas satisfait à l'examen peuvent bénéficier de la protection de la Loi sur le droit d'auteur dans le cas où le contenu illégal a été supprimé. Le Groupe spécial relève que tel n'est pas le cas lorsque l'œuvre dont le contenu n'a pas satisfait à l'examen est considérée comme illégale dans sa totalité. Si une partie du contenu d'une œuvre interdite est légale, et qu'une version révisée a été produite sans autorisation, la Chine affirme qu'elle "fera exécuter le droit d'auteur sur la portion légale de l'œuvre originale, même si l'œuvre elle-même – dans son ensemble – est illégale".<sup>90</sup> La Chine cependant n'a pas expliqué comment cela était possible selon sa loi. En conséquence, le Groupe spécial constate que la catégorie des œuvres interdites en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur comprend les œuvres dont le contenu n'a pas été approuvé à l'issue de l'examen.

7.88 Le Groupe spécial va maintenant examiner les œuvres dont le contenu a été approuvé sous réserve de la suppression du contenu expressément déclaré illégal.<sup>91</sup> La Chine protège la version approuvée mais reconnaît qu'elle ne protégera pas le contenu illégal supprimé.<sup>92</sup> Le libellé de la Loi sur le droit d'auteur n'indique pas clairement si, ou de quelle manière, l'article 4(1) s'applique lorsque

---

<sup>85</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 246.

<sup>86</sup> Voir la réponse de la Chine à la question n° 52.

<sup>87</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 242.

<sup>88</sup> Réponses de la Chine aux questions n° 45 et 52 posées par le Groupe spécial et à la question n° 2 posée par les États-Unis; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 249.

<sup>89</sup> Par exemple, les éléments de preuve montrent que, lorsque l'autorisation a été refusée pour certains produits audiovisuels, l'avis émis à l'issue de l'examen du contenu indiquait que les films dans leur ensemble étaient contraires aux critères pertinents, sans indiquer précisément le contenu illégal: voir les pièces CHN-142, CHN-143, CHN-144, CHN-145 et CHN-146.

<sup>90</sup> Réponse de la Chine à la question n° 52.

<sup>91</sup> Par exemple, les éléments de preuve montrent que, lorsque l'autorisation a été donnée pour certains produits audiovisuels, elle s'accompagnait d'une liste des scènes particulières à supprimer de certains d'entre eux: voir la pièce CHN-147.

<sup>92</sup> Réponse de la Chine à la question n° 2 des États-Unis.

des mesures d'exécution sont demandées à l'encontre d'exemplaires contrefaits de la version non révisée. Le Groupe spécial prend acte de la position soutenue par la Chine dans la présente procédure, à savoir:

"La Chine note qu'elle fera aussi exécuter le droit d'auteur du détenteur du droit dans [le cas] où il existe une version révisée autorisée. Dans ce cas, le droit d'auteur sera protégé, que la contrefaçon porte sur l'œuvre révisée ou sur l'œuvre non révisée."<sup>93</sup>

7.89 Le Groupe spécial va maintenant examiner les œuvres qui n'ont jamais fait l'objet de l'examen du contenu en Chine et les œuvres dont l'examen du contenu est en instance en Chine. Les États-Unis ne donnent pas d'exemples concrets de cas dans lesquels la protection du droit d'auteur avait été refusée à ces œuvres.<sup>94</sup> L'allégation, concernant ces catégories d'œuvres, repose sur la réponse donnée par la Chine au Conseil des ADPIC lorsque celui-ci a examiné la législation chinoise comme il est dit plus haut au paragraphe 7.73 et sur l'interprétation que font les États-Unis eux-mêmes des relations entre ces autres mesures et la Loi sur le droit d'auteur.

7.90 Le Groupe spécial va commencer par examiner les règlements relatifs à l'examen du contenu. Le Règlement sur l'administration des films, dans son article 24, dispose ce qui suit:

"Article 24. Les films qui n'ont pas été examinés et approuvés par les institutions d'examen des films du département de la radiodiffusion, du cinéma et de la télévision du Conseil des affaires de l'État ... ne seront pas distribués, projetés, importés ou exportés."<sup>95</sup>

7.91 Le Règlement sur l'administration des produits audiovisuels, dans son article 36, prévoit l'examen obligatoire du contenu avant la vente en gros, la vente au détail ou la location de produits audiovisuels.<sup>96</sup>

7.92 Il n'est pas contesté que les films et les produits audiovisuels qui n'ont pas encore été approuvés en application du Règlement sur l'administration des films ou du Règlement sur l'administration des produits audiovisuels, selon le cas, ne peuvent pas être publiés et/ou diffusés. Bien qu'aucun des règlements relatifs à l'examen du contenu présentés à titre de preuve ne contienne de dispositions expresses refusant la protection du droit d'auteur, ces règlements prévoient l'interdiction de la publication des films et des produits audiovisuels. Il paraît plausible que les films et les produits audiovisuels se trouvant dans ce cas puissent être considérés *ipso facto* comme des œuvres dont la publication est interdite aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, mais on ne voit pas clairement si une autre décision établissant que leur *contenu* viole ces règlements est nécessaire avant que les œuvres soient considérées comme illégales au sens de l'article 4(1).

7.93 Le Règlement sur l'administration de l'édition ne prévoit pas un examen obligatoire du contenu par les autorités publiques avant publication. Cependant, par ses articles 40 et 44, il interdit

---

<sup>93</sup> Réponse de la Chine à la question n° 52.

<sup>94</sup> Selon la Chine, la raison est qu'il n'existe pas de tels exemples: voir la réponse de la Chine à la question n° 52 et la communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 234. Cependant, la Chine a aussi affirmé que la Cour populaire suprême n'a pas connaissance d'un seul cas dans lequel le défendeur à une action en contrefaçon d'un droit d'auteur aurait obtenu gain de cause en faisant valoir que l'œuvre ne bénéficiait pas du droit d'auteur parce que son contenu n'avait pas satisfait à l'examen (première communication écrite, paragraphe 277), mais elle a reconnu par la suite qu'elle ne protégerait pas le droit d'auteur sur une telle œuvre dans certaines conditions (réponse à la question n° 52).

<sup>95</sup> Traduction mutuellement convenue n° 12, pour ce qui est de la version anglaise. L'article 31 dispose également que les films devant être importés pour projection publique seront soumis à l'institution d'examen des films pour examen avant importation.

<sup>96</sup> Traduction mutuellement convenue n° 13, pour ce qui est de la version anglaise.

la distribution, par une "entité de distribution", ou l'importation, par une "entité d'importation de publications", des publications comportant un contenu illégal.<sup>97</sup> Il semblerait qu'il faille une décision établissant que le contenu viole ce règlement avant que l'œuvre soit considérée comme une œuvre illégale au sens de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.

7.94 Deux des mesures citées par les États-Unis interdisent certains contenus sans prévoir de procédure d'examen.<sup>98</sup> Ce sont le Règlement sur les télécommunications<sup>99</sup> et la Loi pénale.<sup>100</sup> En conséquence, en ce qui concerne ces deux mesures, il faut une décision établissant que les œuvres violent ces mesures aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.

7.95 Lorsqu'il n'y a pas eu d'examen du contenu, on ne voit pas très bien, eu égard au libellé de ces mesures, comment est prise la décision établissant qu'une œuvre est illégale au sens de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. La Chine dit que, s'il n'y a pas eu d'examen auparavant, le tribunal ou la NCAC doit déterminer la légalité ou l'illégalité *de novo* et que cela sera normalement le cas pour la plupart des livres, périodiques et journaux, des œuvres étrangères qui n'ont pas été publiées en Chine, des œuvres en instance d'examen et autres livres et œuvres non publiés qui ont pu échapper illégalement à la procédure d'examen et ont été mis en circulation sans autorisation.<sup>101</sup> La Chine affirme aussi que, normalement, le tribunal ou la NCAC demanderait l'avis des autorités compétentes pour procéder à l'examen.<sup>102</sup>

7.96 La question se pose de savoir quel est le statut du droit d'auteur sur ces œuvres lorsqu'il n'y a pas de décision aux fins de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Le Groupe spécial relève que l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, tel qu'il est libellé, prévoit que le droit d'auteur sur certaines œuvres est protégé par la Loi sur le droit d'auteur. L'article 6 du Règlement de 2002 portant application de la Loi sur le droit d'auteur (le "Règlement d'application") dispose que "le droit d'auteur existe à compter de la date de la création de l'œuvre".<sup>103</sup>

7.97 S'il ressort clairement de son libellé que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur refuse la protection du droit d'auteur à certaines œuvres, il ne s'ensuit pas nécessairement que la protection du droit d'auteur prévue par l'article 2 et mise en œuvre par l'article 6 du Règlement d'application ne peut pas exister depuis le moment de la création de l'œuvre jusqu'au moment où une autorité compétente rend une décision en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. En conséquence, le Groupe spécial ne voit pas clairement si les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen obligatoire du contenu et les œuvres dont l'examen du contenu est en instance tomberaient sous le coup de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>104</sup>

7.98 Le Groupe spécial a aussi examiné les exemples concrets de mesures d'exécution par la voie administrative présentés par la Chine à titre de preuve. En ce qui concerne les œuvres qui n'ont jamais subi l'examen du contenu, les éléments de preuve comprennent des exemples de versions piratées de manuels d'enseignement étrangers. Le Groupe spécial relève que la NCAC et deux bureaux régionaux du droit d'auteur ont notifié une décision de sanction administrative, en juin et en octobre 2006, en application de l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur, à trois universités, pour reproduction et

---

<sup>97</sup> Traduction mutuellement convenue n° 14, pour ce qui est de la version anglaise, dans laquelle le mot "发行" est traduit par "distribute" ("distribuer").

<sup>98</sup> Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

<sup>99</sup> Voir plus haut la note de bas de page 82.

<sup>100</sup> Voir plus haut la note de bas de page 83.

<sup>101</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 249.

<sup>102</sup> Réponse de la Chine à la question n° 45.

<sup>103</sup> Pièce CHN-19.

<sup>104</sup> Réponse de la Chine à la question n° 52.

distribution non autorisées de manuels.<sup>105</sup> Le Groupe spécial, cependant, ne juge pas ces exemples significatifs parce que 1) il n'existe pas de procédure d'examen obligatoire du contenu avant publication pour les manuels universitaires et que 2) les manuels en cause portaient sur des sujets tels que la conception des ponts, les services sociaux, la physique et l'économie, qui n'ont pas de rapports évidents avec le contenu interdit par le règlement pertinent.

7.99 En ce qui concerne les œuvres pour lesquelles l'examen du contenu est en instance, les éléments de preuve comprennent un exemple de mesures "spéciales" d'exécution par la voie administrative concernant des copies pirates d'un film d'animation étranger – *Shrek 2* – avant l'approbation de la commercialisation de la version authentique.<sup>106</sup> Le Groupe spécial relève que des documents notifiant la sanction administrative et visant l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur et l'article 36 de son règlement d'application ont été émis en septembre 2004 à l'encontre d'un commerce d'audiovisuel à Xiamen pour la distribution de copies DVD non autorisées de *Shrek 2*.<sup>107</sup>

7.100 Les éléments de preuve comprennent aussi une circulaire adressée par la NCAC en novembre 2001 aux bureaux régionaux du droit d'auteur en vue d'intensifier les mesures d'exécution à l'égard de 788 œuvres cinématographiques étrangères, en réponse à une demande de la Motion Picture Association of America. Le paragraphe d'introduction de cette circulaire indique qu'il s'agissait là aussi de mesures spéciales. La circulaire énumérait les œuvres sans considérer si elles avaient toutes été révisées pour satisfaire à l'examen du contenu et, conformément à son paragraphe 2, elle s'appliquait, entre autres, aux DVD piratés portant des codes de zones extérieures à la Chine, qui peuvent comprendre des versions non révisées qui n'avaient pas été approuvées pendant l'examen du contenu.<sup>108</sup>

7.101 Les États-Unis répondent que la NCAC et les bureaux locaux du droit d'auteur sont des organes administratifs qui n'ont pas compétence pour interpréter la Loi sur le droit d'auteur dans des affaires portées devant les tribunaux.<sup>109</sup> La Chine répond que les articles 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur et les articles 217 et 218 de la Loi pénale prévoient trois moyens de faire respecter le droit d'auteur – la procédure civile, la procédure administrative et la procédure pénale – et que les tribunaux connaissent des affaires civiles et pénales tandis que la NCAC a compétence pour les affaires administratives.<sup>110</sup>

7.102 Le Groupe spécial note que la NCAC est un organe administratif compétent en vertu de la Loi sur le droit d'auteur<sup>111</sup> et que la Cour populaire suprême chinoise a sollicité son avis dans l'affaire *Inside Story* au sujet du problème en cause dans le cadre de cette allégation. Le Groupe spécial considère donc qu'il peut prendre en considération cet élément de preuve. Il relève toutefois que, dans les deux exemples cités plus haut aux paragraphes 7.99 et 7.100, les circonstances étaient particulières et que rien n'indique dans le second cas que des procédures d'exécution aient effectivement eu lieu. Aussi le Groupe spécial donnera-t-il peu de poids à cet élément de preuve dans son appréciation de la

---

<sup>105</sup> Pièces CHN-136, CHN-137, CHN-138 et CHN-139. Un rapport d'enquête d'un bureau provincial du droit d'auteur concernant les manuels universitaires, reproduit dans la pièce CHN-140, ne citait pas la Loi sur le droit d'auteur.

<sup>106</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 239 à 241, citant une déclaration de la Chine consignée dans le compte rendu d'une réunion du Conseil des ADPIC, au paragraphe 203 du document IP/C/M/46 reproduit dans la pièce US-57; cf. la première communication écrite de la Chine, paragraphes 268 à 270.

<sup>107</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 270, dans lequel il est fait référence aux pièces CHN-132, CHN-133, CHN-134; réponse de la Chine à la question n° 95.

<sup>108</sup> Circulaire n° 55 de l'Administration nationale du droit d'auteur 权司 [2001], n° 55, pièce CHN-141.

<sup>109</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphes 85 et 86.

<sup>110</sup> Réponse de la Chine à la question n° 46.

<sup>111</sup> Article 7 de la Loi sur le droit d'auteur.

Loi sur le droit d'auteur en tant que telle. En conséquence, le Groupe spécial réitère les observations qu'il a formulées plus haut aux paragraphes 7.88 et 7.97.

7.103 Pour les raisons indiquées plus haut, le Groupe spécial constate que la catégorie des œuvres auxquelles est refusée la protection en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur comprend les œuvres dont le contenu n'a pas satisfait à l'examen et, dans la mesure où elles constituent des œuvres protégeables par le droit d'auteur, les portions supprimées des œuvres révisées de manière à satisfaire à l'examen du contenu. Le Groupe spécial considère que les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les œuvres qui n'ont jamais été soumises à l'examen du contenu en Chine, les œuvres dont l'examen du contenu est en instance en Chine et les versions non révisées d'œuvres dont une version révisée a été approuvée pour distribution en Chine.

iv) *L'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC*

7.104 Cette allégation est présentée au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où il incorpore l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971). L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC est ainsi libellé:

"Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6bis de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés."

7.105 Les États-Unis et la Chine sont tous deux Membres de l'OMC et, par conséquent, tous deux sont liés par l'Accord sur les ADPIC, y compris les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui y sont incorporées. Les dispositions de la Convention de Berne (1971) incorporées par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC comprennent l'article 5(1) de la Convention, qui est ainsi conçu:

"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."

7.106 L'article 5(1) de la Convention de Berne (1971) prévoit la jouissance de deux ensembles de droits se recoupant, qui ont été décrits comme les "piliers jumeaux sur lesquels repose la protection consacrée par la Convention".<sup>112</sup> Ce sont premièrement les "droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux".<sup>113</sup> Il y a là une obligation de traitement national. La demande d'établissement d'un groupe spécial comprenait une allégation au titre de cette partie de l'article 5(1) concernant la Loi sur le droit d'auteur et certaines autres mesures énumérées plus loin au paragraphe 7.186, mais cette allégation n'a pas été maintenue.

7.107 Ce sont en second lieu les "droits spécialement accordés par la présente Convention". Cette expression n'est pas définie. Toutefois, l'article 5(1) se réfère aux droits dont jouissent les auteurs sur leurs œuvres. Les articles 6bis, 8, 9, 11, 11bis, 11ter, 12, 14, 14bis et 14ter prévoient tous de tels

---

<sup>112</sup> Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Queen Mary College, 1987) ("Ricketson"), page 543, paragraphe 5.66; Ricketson, S. et Ginsburg, J.C., *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond* (Oxford University Press, 2006), page 310, paragraphe 6.90.

<sup>113</sup> Le Groupe spécial relève que cette disposition, telle qu'elle est incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, est différente de l'article 3:1 de cet accord.

droits.<sup>114</sup> Néanmoins, l'incorporation des dispositions de la Convention de Berne (1971), y compris l'article 5, est sous réserve des termes de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC (cité plus haut au paragraphe 7.104). Les "droits spécialement accordés par la présente Convention", comme il est dit dans l'article 5(1) de celle-ci tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, ne comprennent donc pas les droits prévus à l'article 6*bis* de la Convention de Berne (1971). C'est dans ce sens que ces droits seront entendus dans le présent rapport.

7.108 L'allégation des États-Unis porte sur ces droits considérés en bloc. Les États-Unis ne formulent pas d'allégation distincte au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), que le Groupe spécial n'examinera pas dans la présente sous-section de son rapport.

7.109 La Chine soutient qu'elle a mis en œuvre l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971).<sup>115</sup> Elle ne présente pas de moyen de défense tiré des termes de cet article, mais renvoie à l'article 17 de la Convention de Berne (1971), que le Groupe spécial examinera plus loin aux paragraphes 7.120 à 7.137.

7.110 Le Groupe spécial note que les "droits spécialement accordés" par la Convention de Berne (1971) telle qu'incorporée par l'Accord sur les ADPIC comprennent le droit exclusif d'effectuer et d'autoriser la traduction (article 8) et le droit exclusif d'autoriser la reproduction de l'œuvre (article 9), pour ne citer que les deux premiers droits matériels.

7.111 Au sujet de la mise en œuvre par la Chine des "droits spécialement accordés" par la Convention de Berne (1971), les États-Unis mentionnent les droits énumérés à l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur, ainsi que les articles 46 et 47 de la loi. Ils ne contestent aucun de ces articles particuliers de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>116</sup>

7.112 La Chine convient qu'elle accorde aux auteurs toutes les garanties de la Convention de Berne, ainsi que d'autres droits, par l'article 10 de sa Loi sur le droit d'auteur.<sup>117</sup> Elle affirme que l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur respecte pleinement toutes les prescriptions de la Convention de Berne.<sup>118</sup>

7.113 Le Groupe spécial note qu'un grand nombre des droits énumérés dans les alinéas 5 à 17 du premier paragraphe de l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur correspondent à des droits spécialement accordés par la Convention de Berne (1971), que le deuxième paragraphe de l'article 10 dispose que les titulaires du droit d'auteur peuvent autoriser d'autres personnes à exercer ces droits patrimoniaux, et que ces droits semblent être exclusifs (comme nous l'avons vu plus haut aux paragraphes 7.48 et 7.49). Le Groupe spécial constate en conséquence que c'est l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur qui met en œuvre les droits spécialement accordés par la Convention de Berne (1971).<sup>119</sup>

7.114 Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.50, à savoir que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur refuse la protection de l'article 10 à certaines œuvres, y compris celles des ressortissants de Membres de l'OMC, comme les États-Unis l'allèguent. Le Groupe spécial fait observer qu'aucune des deux parties ne soutient que le refus de la protection en

---

<sup>114</sup> Cette énumération est sans préjudice d'autres droits de cette catégorie.

<sup>115</sup> La Chine estime que ses obligations au titre de l'article 5 de la Convention de Berne sont mises en œuvre par l'article 2(1) de la Loi sur le droit d'auteur et par l'article 6 du Règlement d'application de cette loi: voir la première communication écrite de la Chine, paragraphes 239 à 241.

<sup>116</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 64 à 66.

<sup>117</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 279.

<sup>118</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 303.

<sup>119</sup> Cette constatation est sans préjudice de la compatibilité de l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur avec la Convention de Berne (1971), telle qu'incorporée dans l'Accord sur les ADPIC.

vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est autorisé par l'une ou l'autre des exceptions que prévoient à l'égard de certains droits particuliers les articles 9(2), 10 ou 10*bis* de la Convention de Berne (1971). Aucune des deux parties n'allègue non plus que le refus de la protection en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est autorisé par la disposition de l'Accord sur les ADPIC relative aux exceptions, à savoir l'article 13.

7.115 Le Groupe spécial relève que les deux ensembles de droits prévus par l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971) se rapportent aux "œuvres" pour lesquelles les auteurs ont droit à la protection en vertu de cette convention. Les catégories d'"œuvres" sur lesquelles les auteurs jouissent des droits spécialement accordés par la Convention varient selon les termes employés dans chacun des articles accordant ces droits. Par exemple, les droits de reproduction (article 9) et de radiodiffusion (article 11*bis*) sont accordés aux auteurs d'"œuvres littéraires et artistiques". Cette expression est définie de manière non limitative à l'article 2(1) de la Convention de Berne (1971).

7.116 Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.103, à savoir que la catégorie des œuvres auxquelles la protection est refusée en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur comprend les œuvres dont le contenu n'a pas satisfait à l'examen et, dans la mesure où elles constituent des œuvres protégeables par le droit d'auteur, les portions supprimées des œuvres révisées en vue de satisfaire à l'examen du contenu. Le Groupe spécial rappelle aussi ses constatations énoncées aux paragraphes 7.37 et 7.43 concernant le sens du mot "œuvres" tel qu'il est utilisé dans la Loi sur le droit d'auteur, en particulier à l'article 4(1). Ni l'une ni l'autre des parties n'ont contesté que les "œuvres" auxquelles s'applique la Loi sur le droit d'auteur, en particulier l'article 4(1), comprennent au moins quelques-unes, sinon la totalité, des catégories d'œuvres relevant de la définition des "œuvres littéraires et artistiques" à l'article 2(1) de la Convention de Berne (1971). Il n'est pas contesté que les "œuvres" auxquelles s'applique l'article 4(1) de la Loi chinoise sur le droit d'auteur constituent une catégorie plus large que celle des œuvres dont la protection peut être refusée ou restreinte en vertu d'autres dispositions de l'article 2, et en vertu de l'article 2*bis* de la Convention de Berne (1971).

7.117 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que la Loi sur le droit d'auteur est suffisamment claire dans son libellé pour que les États-Unis aient établi que cette loi, en particulier son article 4(1), est incompatible avec l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Cette constatation est formulée sous réserve de l'examen de l'article 17 de la Convention de Berne (1971) auquel le Groupe spécial procédera plus loin.

7.118 Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.103 et confirme que cette conclusion ne s'applique pas aux œuvres qui n'ont jamais été soumises à l'examen du contenu en Chine, aux œuvres pour lesquelles l'examen du contenu est en instance en Chine et aux versions non révisées d'œuvres dont une version révisée a été approuvée pour distribution en Chine. Toutefois, le Groupe spécial reconnaît que le refus potentiel de la protection du droit d'auteur, en l'absence de décision des autorités chargées de l'examen du contenu, entraîne une incertitude en ce qui concerne les œuvres qui ne satisfont pas aux critères applicables au contenu tant qu'il n'y a pas eu de décision en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, avec les conséquences que cela entraîne pour la jouissance des droits et qui ont été décrites plus haut. Aussi, le Groupe spécial tient-il à répéter une nouvelle fois la position ferme prise par la Chine dans la présente procédure, qui est la suivante:

"Le droit d'auteur naît au moment de la création de l'œuvre, et il n'est pas subordonné à la publication. Les œuvres non publiées sont protégées, les œuvres étrangères qui n'ont pas encore été mises en circulation sur le marché chinois sont protégées et les

œuvres qui ne sont jamais mises en circulation sur le marché chinois sont protégées."<sup>120</sup>, et

"Les œuvres qui n'ont pas été examinées ne sont assurément pas "illégalles"."<sup>121</sup>

7.119 La Chine a l'obligation internationale de protéger le droit d'auteur sur ces œuvres conformément à l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

v) *L'article 17 de la Convention de Berne (1971) tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC*

7.120 La Chine soulève un moyen de défense tiré de l'article 17 de la Convention de Berne (1971), tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Elle soutient que tous les droits accordés aux auteurs par la Convention de Berne (1971) sont restreints par l'article 17 de cette convention, que l'article 17 ne codifie pas de manière exhaustive le droit souverain de censure<sup>122</sup> et que l'article 17 est rédigé en termes très larges "qui ont pour effet de priver l'OMC de compétence dans ce domaine".<sup>123</sup>

7.121 Les États-Unis répondent que l'article 17 de la Convention de Berne (1971) n'autorise pas un système d'examen du contenu qui refuse toute protection opposable du droit d'auteur à toutes les œuvres dont la publication ou la distribution n'a pas été approuvée.<sup>124</sup>

7.122 Le Groupe spécial rappelle que l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, cité plus haut au paragraphe 7.104, incorpore l'article 17 de la Convention de Berne (1971). L'article 17 de la Convention de Berne (1971) est ainsi libellé:

"Les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit."

7.123 "Les dispositions de la présente Convention" visées à l'article 17 comprennent l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971).<sup>125</sup>

7.124 Les parties conviennent que l'article 17 confirme que les gouvernements ont certains droits de surveillance sur l'exploitation des œuvres. Elles ne sont pas d'accord sur la question de savoir si ces droits comprennent celui de refuser toute protection du droit d'auteur à certaines œuvres.

7.125 Le Groupe spécial relève que le libellé de l'article 17 contient certaines expressions d'une large portée, notamment "ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit" et "tout ouvrage ou production". Le texte français emploie le mot "ouvrage", mais le terme utilisé dans le texte anglais est "*any work*" (toute œuvre), ce qui confirme que l'objet de l'article 17 est le même que celui des autres dispositions de fond de la Convention. Toutefois, ces expressions ne sont pas utilisées isolément mais

---

<sup>120</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 239.

<sup>121</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 255.

<sup>122</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 258 et 259.

<sup>123</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 286 et 287.

<sup>124</sup> Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphe 221; voir aussi la première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 129.

<sup>125</sup> Il n'est pas contesté que les lois chinoises interdisant la publication et/ou la diffusion des œuvres, y compris les décisions rendues à l'égard de certaines œuvres, constituent "des mesures de législation ou de police intérieure" au sens de l'article 17.

se rapportent au droit du gouvernement de "permettre, de surveiller ou d'interdire ... la circulation, la représentation, l'exposition" de toute œuvre ou production.

7.126 Le droit d'un gouvernement "de surveiller ou d'interdire ... la circulation, la représentation, l'exposition" de toute œuvre ou production comprend manifestement la censure pour raisons d'ordre public.<sup>126</sup> La Chine et les États-Unis se sont tous deux référés aux actes des conférences diplomatiques de la Convention de Berne<sup>127</sup>, à des ouvrages de doctrine<sup>128</sup> et (dans le cas de la Chine) au Guide OMPI de la Convention de Berne<sup>129</sup>, expliquant que l'article 17 se rapporte essentiellement à la censure et à l'ordre public.

7.127 Le Groupe spécial admet que les trois termes "la circulation, la représentation, l'exposition" ne constituent pas nécessairement une liste limitative des formes d'exploitation des œuvres relevant de l'article 17. Cependant, une caractéristique notable de ces trois termes est qu'ils ne correspondent pas à ceux qui sont utilisés pour définir les droits matériels accordés par la Convention de Berne (1971), même s'ils peuvent être inclus dans certains de ces droits<sup>130</sup> ou se référer à des actes inhérents à l'exercice de certains de ces droits.<sup>131</sup> Le mot "exposition" n'est même pas utilisé dans les dispositions énonçant les droits matériels accordés par la Convention.<sup>132</sup> Par conséquent, il ne peut pas être inféré que l'article 17 permet de refuser à une œuvre toute protection conférée par le droit d'auteur.

7.128 Le Groupe spécial a conscience que la situation est peut-être un peu différente dans le cadre de l'article 10 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur. L'article 10 de cette loi reconnaît à l'alinéa 6 "le

---

<sup>126</sup> Même le droit d'un gouvernement "d'autoriser" la circulation, la représentation ou l'exposition d'une œuvre pourrait être exercé pour des raisons d'ordre public, par exemple la publication ou la diffusion à la télévision de la photographie d'un criminel recherché par la police: voir Masouyé, C., *Guide de la Convention de Berne* (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 1978) ("Guide OMPI de la Convention de Berne"), paragraphe 17.3. Le Groupe spécial note que, comme l'indique sa préface, ce guide n'est pas censé être une interprétation authentique des dispositions de la Convention de Berne, le Bureau international de l'OMPI n'ayant pas la compétence de lui donner une telle interprétation.

<sup>127</sup> Rapport de la Commission principale I, page 1174 des *Actes de la Conférence de Stockholm de 1967*, cité dans Ricketson, voir plus haut la note de bas de page 112, texte reproduit dans la pièce CHN-128; cité dans les observations des États-Unis du 7 juillet 2008 sur les documents fournis au Groupe spécial par le Bureau international de l'OMPI; cité dans la première communication écrite de la Chine, paragraphe 262, et dans les réponses de la Chine datées du 21 juillet 2008 aux observations des États-Unis sur les documents fournis au Groupe spécial par le Bureau international de l'OMPI.

<sup>128</sup> Ricketson, voir plus haut la note de bas de page 112, *loc. cit.*; Patry, W.F., *Patry on Copyright* (Thomas West, 2007), §23:39 (voir la pièce CHN-129); Goldstein, P., *International Copyright: Principles, Law & Practice* (Oxford University Press, 2001), page 27, reproduit dans la pièce CHN-126; cité par la Chine dans sa première communication écrite, notes de bas de page 264, 266 à 268, et dans la communication qu'elle a présentée à titre de réfutation, paragraphes 296 et 297.

<sup>129</sup> OMPI – Guide de la Convention de Berne, voir plus haut la note de bas de page 123, paragraphe 17.2, reproduit dans la pièce CHN-125. Cité dans la première communication écrite de la Chine, paragraphe 260, et dans sa communication présentée à titre de réfutation, paragraphe 293; voir aussi sa communication présentée à titre de réfutation, paragraphe 290, et sa réponse à la question n° 93.

<sup>130</sup> Par exemple, le terme "la représentation" figure expressément dans le texte français de l'article 17, ainsi que dans les articles 11(1) i) ii), 14(1) ii) et 14bis(2) b) dans le membre de phrase "la représentation et l'exécution" (rendu par "performance" dans le texte anglais).

<sup>131</sup> Par exemple, le terme "la circulation" employé à l'article 17 du texte français est également utilisé dans les dispositions relatives aux limitations possibles des droits de traduction et de reproduction qui figurent dans les articles I(4), II(6), II(8), III(2) b), III(4) d), III(6) et IV(5) de l'annexe, rendu par "circulation" dans le texte anglais des articles II 8) et III 4) d) de l'annexe, et par "distribution" ou "distributed" dans les autres dispositions.

<sup>132</sup> Le mot "exhibition" ("exposition") à l'article 17 est aussi utilisé dans la définition des "œuvres publiées" figurant à l'article 3(3), qui dispose entre autres que "l'exposition d'une œuvre d'art ... ne constitue pas la publication". Dans l'article 3(3) du texte français, le terme "la représentation" de certaines catégories d'œuvres est aussi utilisé dans le même but.

droit de distribution", à l'alinéa 8 "le droit d'exposition" et à l'alinéa 10 "le droit de présentation", qui peuvent correspondre à "la circulation, la représentation ou l'exposition" de toute œuvre à l'article 17 de la Convention de Berne (1971). L'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur accorde aussi à l'alinéa 1) "le droit de publication" à côté du "droit de distribution", ces deux droits paraissant directement contraires à l'interdiction de la publication et/ou de la diffusion d'une œuvre en raison de l'illégalité de son contenu, qui est prévue à l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Dans la mesure où l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit peut-être davantage de droits, ou des droits plus larges, que ceux qui sont spécialement accordés par la Convention de Berne (1971), telle qu'incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, et où, en conséquence, l'article 4(1) de cette loi pourrait refuser ces droits, le Groupe spécial ne formule pas de constatation.

7.129 Le Groupe spécial relève toutefois que la *deuxième* phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur (qui n'est pas en cause dans le présent différend) répond peut-être déjà aux préoccupations de la Chine concernant l'ordre public à l'égard de certains de ces droits. La deuxième phrase de l'article 4 est ainsi conçue:

"Le titulaire d'un droit d'auteur ne doit pas, lorsqu'il exerce son droit, enfreindre la Constitution ou les lois ni porter préjudice à l'intérêt public."

7.130 Cette disposition ne refuse pas la protection du droit d'auteur mais, comme le reconnaît la Chine, elle oblige les détenteurs du droit d'auteur et les parties autorisées à respecter la loi dans l'exercice de leurs droits.<sup>133</sup> Par contre, la première phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur refuse toute protection du droit d'auteur pour certaines œuvres.

7.131 La Chine appelle l'attention du Groupe spécial sur le Guide OMPI de la Convention de Berne (1971), où il est dit au sujet de l'article 17 de la Convention:

"Il s'agit ici du droit pour les gouvernements de prendre toutes dispositions qu'ils jugent utiles au maintien de l'ordre public. Dans ce domaine, la souveraineté de l'État ne saurait être affectée par le droit conventionnel; en d'autres termes, l'auteur peut certes exercer les droits qui lui sont reconnus par la Convention mais il ne peut dans cet exercice contrevenir à l'ordre public ... [L]a Convention ... doit céder le pas devant les impératifs de l'ordre public. À cet effet, elle réserve aux pays de l'Union un pouvoir de contrôle et d'interdiction."<sup>134</sup>

7.132 Le Groupe spécial est d'accord avec cette interprétation. Le droit du gouvernement d'autoriser, de contrôler ou d'interdire la circulation, la représentation ou l'exposition d'une œuvre peut empiéter sur l'exercice, par le détenteur du droit d'auteur ou par un tiers par lui autorisé, de certains droits sur une œuvre protégée. Cependant, il n'y a pas de raison de supposer que la censure éliminera complètement ces droits à l'égard d'une œuvre donnée.

7.133 En ce qui concerne les droits accordés par la Convention de Berne (1971), la Chine ne parvient pas à expliquer pourquoi l'article 4(1) de sa Loi sur le droit d'auteur prévoit que la protection de ces droits sera complètement refusée à certaines œuvres. Sans préjudice de l'étendue des droits accordés par la Convention de Berne (1971), il suffit de noter qu'il s'agit surtout des droits exclusifs d'autoriser certains actes à l'égard des œuvres protégées. Le droit exclusif d'autoriser entraîne nécessairement celui d'interdire aux tiers d'effectuer les actes en question à l'égard des œuvres protégées. La Chine n'est pas en mesure d'expliquer pourquoi la censure fait obstacle aux droits des détenteurs du droit d'auteur d'interdire aux tiers d'exploiter des œuvres prohibées.

---

<sup>133</sup> Réponse de la Chine à la question n° 93.

<sup>134</sup> Guide OMPI de la Convention de Berne, voir plus haut la note de bas de page 126, paragraphe 17.2.

7.134 La Chine fait valoir que cette protection du droit d'auteur est "sans objet d'un point de vue juridique et matériel", puisque les droits patrimoniaux sont rendus caducs par une interdiction publique. Elle fait aussi valoir que la protection du droit d'auteur est vide de sens dans ce contexte.<sup>135</sup> La Chine demande au Groupe spécial de prendre note de ce que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est une disposition juridique extrêmement étroite, ayant des incidences négligeables du point de vue du marché et du point de vue de l'annulation ou de la réduction d'avantages pour les Membres.<sup>136</sup>

7.135 Le Groupe spécial note que le droit d'auteur et la censure publique concernent des droits et des intérêts différents. Le droit d'auteur protège des droits privés ainsi qu'il est dit au quatrième alinéa du préambule de l'Accord sur les ADPIC, alors que la censure sert des intérêts publics.

7.136 En réponse à une question du Groupe spécial, la Chine a indiqué qu'elle "défendra toujours les droits d'auteur à l'encontre de versions révisées contrefaisantes, même lorsqu'il n'existe pas de version révisée autorisée par l'auteur".<sup>137</sup> Elle n'a pas expliqué comment cela était possible selon sa loi. En réponse à une autre question du Groupe spécial, la Chine a indiqué que, si une œuvre interdite non protégée devient par la suite légale, elle protégera dès lors le droit d'auteur sur l'œuvre.<sup>138</sup> Peut-être faudra-t-il une nouvelle décision d'un tribunal ou de la NCAC à cette fin mais, de l'avis de la Chine, cela ne constitue pas une formalité au sens de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971). Quoi qu'il en soit, le Groupe spécial rappelle que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est source d'incertitude commerciale dans la période précédant la décision d'interdiction d'une œuvre.<sup>139</sup>

7.137 La Chine soutient que la censure publique rend inutile la défense des droits privés, qu'elle met en œuvre sérieusement les interdictions relatives au contenu et qu'elle soustrait le contenu prohibé au domaine public plus sûrement que des mesures d'exécution destinées à faire respecter les droits d'auteur ne pourraient le faire.<sup>140</sup> Le Groupe spécial note que ces affirmations, même si elles étaient pertinentes, ne sont pas étayées.

7.138 Le Groupe spécial rappelle aussi que, si une mesure enfreint les obligations que la Chine a assumées en vertu d'un accord visé, cette mesure, aux termes de l'article 3:8 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, est présumée annuler ou compromettre un avantage. Même si la mesure en cause n'a pas eu jusqu'ici d'effet réel sur les œuvres étrangères, elle a des incidences *potentielles* sur les œuvres de ressortissants des Membres de l'OMC.

7.139 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial confirme la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.117 et conclut que, nonobstant les droits de la Chine reconnus à l'article 17 de la Convention de Berne (1971), la Loi sur le droit d'auteur, et précisément son article 4(1), est incompatible avec l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), telle qu'incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

---

<sup>135</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 280; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 319.

<sup>136</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 273, et réponse de la Chine à la question n° 44.

<sup>137</sup> Réponse de la Chine à la question n° 51.

<sup>138</sup> Réponse de la Chine à la question n° 53; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 285 et 324.

<sup>139</sup> Comme l'ont noté les États-Unis dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, paragraphes 193 et 194.

<sup>140</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 273 et 318.

vi) *Question de procédure*

7.140 La Chine souligne que la charge de prouver cette allégation "en tant que telle" incombe aux États-Unis.<sup>141</sup> La Chine allègue que le seul élément de preuve qu'aient présenté les États-Unis est le texte même de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>142</sup>

7.141 Le Groupe spécial relève que les États-Unis ont fourni d'autres éléments de preuve que le texte de la disposition. Quoi qu'il en soit, il rappelle ce qui est dit dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*:

"Lorsqu'une mesure est contestée "en tant que telle", le point de départ d'une analyse doit être la mesure telle qu'elle est libellée. Si le sens et la teneur de la mesure sont clairs telle qu'elle est libellée, la compatibilité de la mesure *en tant que telle* peut être évaluée sur cette seule base. Si, par contre, le sens ou la teneur de la mesure n'est pas évident telle qu'elle est libellée, un examen plus approfondi est nécessaire. ..."<sup>143</sup>

7.142 En l'espèce, l'examen par le Groupe spécial de la Loi sur le droit d'auteur, notamment son article 4(1), tel qu'il est libellé, montre que la mesure est suffisamment claire pour permettre de conclure que les États-Unis ont établi *prima facie* l'incompatibilité. Selon l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), les Membres doivent garantir que les auteurs jouissent à l'égard de leurs œuvres des droits spécialement accordés par la Convention. L'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur dispose que certaines œuvres ne recevront *pas* la protection de cette loi; or, celle-ci reconnaît les droits spécialement accordés par cette convention. Le Groupe spécial n'a pas accepté toutes les allégations des États-Unis concernant les catégories d'œuvres qui tombent sous le coup de l'article 4(1), mais cela n'ôte pas sa valeur à la constatation fondamentale de l'incompatibilité.

7.143 Par conséquent, le Groupe spécial confirme la conclusion qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.139, à savoir que la Loi sur le droit d'auteur, et spécialement son article 4(1), est incompatible avec l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), telle qu'elle a été incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.144 Le Groupe spécial tient à souligner que l'allégation des États-Unis ne contestait pas le droit de la Chine de procéder à un examen du contenu.<sup>144</sup> Les constatations du Groupe spécial sont sans préjudice du droit de la Chine de procéder à un examen du contenu.

**4. Allégation au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**

a) Principaux arguments des parties

7.145 Les États-Unis allèguent que la Chine subordonne la jouissance et l'exercice du droit d'auteur à la formalité de l'examen favorable du contenu, ce qui est incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Les œuvres dont le contenu n'a pas passé avec succès l'examen au titre du Règlement sur l'administration des films, du Règlement sur la gestion des publications, du Règlement sur la gestion des produits audiovisuels ou du Règlement sur la gestion des publications électroniques ne peuvent pas être

---

<sup>141</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 227 à 229.

<sup>142</sup> Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 266 à 268.

<sup>143</sup> Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 168.

<sup>144</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 207; communication présentée à titre de réfutation, paragraphes 221 et 222; la Chine l'a reconnu dans sa première communication écrite, paragraphe 255.

publiées ni distribuées légalement en Chine. Par conséquent, les États-Unis soutiennent que ces œuvres non autorisées tombent sous le coup de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur et ne sont donc pas protégées par cette loi. Ils font observer que la protection conférée par la Loi sur le droit d'auteur ne prend effet qu'après que le contenu d'une telle œuvre a été soumis à l'examen et, si celui-ci n'est pas modifié à l'issue de l'examen, une fois que l'autorisation de la publier et de la distribuer a été délivrée. Par conséquent, sur le plan formel, la protection du droit d'auteur dépend, en partie, de la délivrance de l'autorisation de publier et de distribuer à l'issue de l'examen favorable du contenu.<sup>145</sup>

7.146 La Chine répond que, en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur et de l'article 6 du Règlement d'application de la Loi sur le droit d'auteur, une œuvre est protégée par le droit d'auteur dès sa création. Lorsque ces œuvres sont en instance d'examen, elles bénéficient pleinement de la protection conférée par le droit d'auteur.<sup>146</sup> En réponse aux questions du Groupe spécial, la Chine lui a demandé de prendre note que, dans le cadre du régime du droit d'auteur en Chine, le "droit d'auteur" se distingue de la "protection du droit d'auteur". Dans la mesure où l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur s'applique à une œuvre, il n'aura pas pour effet de supprimer le droit d'auteur, mais de refuser les droits privatifs susceptibles d'exécution forcée. L'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique donc nullement d'une manière qui contreviendrait à l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) puisqu'il ne constitue pas une condition préalable à l'acquisition du droit d'auteur et ne supprime pas non plus le droit d'auteur résiduel octroyé en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>147</sup>

7.147 Les États-Unis répondent que la distinction que la Chine opère entre le droit d'auteur et les moyens de faire respecter le droit d'auteur est dénuée de tout effet juridique au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971). L'article 5(2) s'applique tant à la jouissance qu'à l'"exercice" des droits, de sorte qu'un examen du contenu affectant l'exercice des droits impose tout de même une "formalité" au sens de cette disposition.<sup>148</sup>

7.148 Par ailleurs, la Chine soutient que le type de "formalité" auquel l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) fait référence est une condition préalable à l'octroi du droit d'auteur. Étant donné que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne fait pas fonction de condition préalable au droit d'auteur, mais plutôt de condition postérieure, il est compatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971).<sup>149</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.149 L'Australie considère que l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) interdit que la jouissance et l'exercice des droits sur une œuvre protégée fassent l'objet d'une procédure juridique ou administrative préalable, comme l'enregistrement de l'œuvre ou l'approbation de son contenu.<sup>150</sup>

7.150 Le Brésil ne pense pas que l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971) exige que le droit d'auteur soit conféré "automatiquement" ou "immédiatement", indépendamment de ce que peut prévoir la législation nationale. Le principe de la protection automatique devrait être interprété comme étant limité au fait que la protection du droit d'auteur n'est pas subordonnée à l'accomplissement de formalités, comme l'enregistrement, le dépôt, etc.<sup>151</sup>

---

<sup>145</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 220 et 221.

<sup>146</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 235.

<sup>147</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44.

<sup>148</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 211 à 214.

<sup>149</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 261 à 264.

<sup>150</sup> Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 34.

<sup>151</sup> Déclaration orale du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 3 à 11.

7.151 Le Canada considère que le terme "formalité" s'entend également des lois nationales qui subordonnent la protection du droit d'auteur, pour les œuvres étrangères, au respect d'obligations administratives. La Chine semble avoir introduit dans sa législation nationale l'obligation administrative, pour les exportateurs et les importateurs, d'obtenir l'autorisation de publier et de distribuer l'œuvre en Chine, dont le non-respect entraîne la perte de la protection conférée par le droit d'auteur ou les droits connexes.<sup>152</sup>

7.152 Les Communautés européennes sont d'avis que si la jouissance et l'exercice du droit d'auteur étaient subordonnés à la délivrance d'une autorisation de distribuer par les autorités chinoises chargées de la censure, cela constituerait une "formalité" incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971). Elles ne formulent pas d'observations sur la question de fait qui consiste à savoir si un tel lien existe en droit chinois, mais seraient réticentes à donner trop de poids à des cas particuliers d'exécution forcée par la voie administrative dans l'évaluation d'une allégation "en tant que tel" qui semble être fondée sur les termes mêmes de la législation chinoise.<sup>153</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.153 Le Groupe spécial note que cette allégation concerne le refus de protéger le droit d'auteur en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Le Groupe spécial s'est déjà prononcé sur cette question lorsqu'il a examiné l'allégation formulée au titre de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Des constatations additionnelles concernant la présente allégation au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, ne contribueraient pas davantage à un règlement positif du différend. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial se prononce sur cette allégation.

**5. Communication concernant l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC**

a) Exposé des dispositions pertinentes de la Loi sur le droit d'auteur

7.154 Le terme "œuvres" est employé dans l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur. L'article 3 en fournit une définition globale aux fins de la Loi sur le droit d'auteur qui ne fait pas expressément mention des exécutions ni des phonogrammes (enregistrements sonores). Par ailleurs, le chapitre IV de la Loi sur le droit d'auteur comporte des dispositions concernant la publication, la représentation ou l'exécution, l'enregistrement sonore, l'enregistrement vidéo et la radiodiffusion.

b) Principaux arguments des parties

7.155 Les États-Unis ont fait remarquer au Groupe spécial que, "[s]elon l'interprétation donnée à l'article 4, la première phrase *peut* également être incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC"; qu'"[i]l est malaisé de déterminer si l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur a pour effet de priver de la protection conférée par la loi les exécutions (ou leur fixation) et les enregistrements sonores dont la publication ou la distribution est interdite"; et qu'"[ils] ne sont pas persuadés que l'article 4 ne vise que les "œuvres" susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, par opposition à celles susceptibles d'être protégées par des droits connexes (comme les exécutions et les enregistrements sonores)"; et que "si l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur a bel et bien pour effet de ne pas protéger" certains droits connexes, les artistes interprètes ou

---

<sup>152</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 24.

<sup>153</sup> Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 22 à 24.

exécutants et les producteurs ne jouiront pas *alors* de certains droits comme l'exige l'article 14:1 et 14:2 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>154</sup> (dans chaque cas, pas d'italique dans l'original)

7.156 Les États-Unis concluent que, "[p]ar conséquent, dans la mesure où l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur est interprété comme s'appliquant aux exécutions (ou à leur fixation) et aux enregistrements sonores, il est également incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC".<sup>155</sup>

7.157 La Chine répond que les États-Unis n'ont pas dûment présenté à ce sujet une allégation dont pourrait être saisi le Groupe spécial. Elle fait valoir qu'il n'est pas allégué dans la première communication écrite des États-Unis que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur contrevient effectivement à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC et que les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* qu'il en était ainsi.<sup>156</sup>

c) Principaux arguments des tierces parties

7.158 Le Canada soutient que la Loi sur le droit d'auteur de la Chine est incompatible avec l'article 14:1 et 14:2 de l'Accord sur les ADPIC pour les mêmes raisons qu'il allègue que cette loi est incompatible avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>157</sup>

d) Examen par le Groupe spécial

7.159 Le Groupe spécial a soigneusement examiné la demande d'établissement d'un groupe spécial et les communications présentées par les États-Unis. Il observe que les États-Unis n'ont à aucun moment véritablement affirmé que l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine s'appliquait en fait aux exécutions et aux phonogrammes ou aux enregistrements sonores et qu'il était en fait incompatible avec l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, le Groupe spécial n'arrive pas à discerner une allégation sur laquelle il pourrait se prononcer.

7.160 En tout état de cause, les constatations du Groupe spécial concernant l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est de l'allégation formulée au titre de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, semblent répondre à la préoccupation sous-jacente des États-Unis en ce qui concerne l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC.

## 6. Allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC

a) Principaux arguments des parties

7.161 Les États-Unis allèguent que les dispositions destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui figurent au chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine ne s'appliquent pas aux œuvres qui se voient refuser la protection conférée par le droit d'auteur, conformément à l'article 4 de cette loi. Par conséquent, la Chine ne fait pas en sorte que sa législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, comme l'exige l'article 41:1 dudit accord.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 227, 228 et 230; voir également la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, note de bas de page 201.

<sup>155</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 231.

<sup>156</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 282 et 290.

<sup>157</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 25.

<sup>158</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 232 à 237.

7.162 La Chine répond que cette allégation est sans fondement, compte tenu du fait que, en fait, le droit d'auteur n'est pas refusé au titre de la Loi sur le droit d'auteur, comme l'allèguent les États-Unis, pour les raisons exposées plus haut au sujet de l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971).<sup>159</sup>

7.163 Les États-Unis prennent note du moyen de défense invoqué par la Chine – selon lequel l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur a uniquement pour effet de refuser d'accorder "la protection conférée par le droit d'auteur" et non "le droit d'auteur" – et font valoir que, par conséquent, les auteurs d'œuvres privées de la protection conférée par le droit d'auteur ne bénéficient pas des mesures correctives visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle énoncées au chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>160</sup>

7.164 La Chine soutient que l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC exige seulement que des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle soient prévues pour les droits couverts par cet accord. Si un droit n'est pas couvert par l'Accord, rien n'oblige alors à le faire respecter. La Chine soutient également que le critère, en ce qui concerne les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, est de savoir si elles permettent une "action efficace". Étant donné que la Chine interdit la publication du contenu en cause dans sa totalité et qu'elle fait rigoureusement respecter cette interdiction, elle a mis en place une procédure permettant une "action efficace" contre toute tentative de publication du contenu.<sup>161</sup> Pour finir, la Chine soutient que les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle sont "accessibles", au sens dans lequel ce terme a été interprété dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, parce que l'auteur d'une œuvre peut engager une action en justice et demander des mesures correctives, quel que soit le jugement finalement rendu par le tribunal.<sup>162</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.165 Le Canada soutient que, en raison de son article 4, la Loi sur le droit d'auteur ne s'applique pas aux œuvres interdites de publication ou de distribution en Chine et que, par conséquent, aucune des procédures requises en la matière n'est applicable. Donc, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur est également incompatible avec l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>163</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.166 Le Groupe spécial fait observer que le chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur, intitulé "De la responsabilité civile et des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle", inclut les articles 46 et 47. L'article 46 engage la responsabilité civile pour onze types d'actes portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, dont bon nombre correspondent aux droits énumérés à l'article 10. L'article 47 engage la responsabilité civile et administrative et prévoit l'ouverture d'une enquête en matière de responsabilité pénale pour huit types d'actes spécifiques, dont bon nombre correspondent aux droits énumérés à l'article 10.

7.167 Il n'est pas contesté que le chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur comporte des procédures visant à faire respecter les droits en ce qui concerne les actes portant atteinte à un droit d'auteur, y compris des injonctions de cesser de porter atteinte à un droit, de verser des dommages-intérêts et de confisquer les produits incriminés, ainsi que des mesures interlocutoires pour ordonner de cesser de porter atteinte à un droit et conserver des biens.

---

<sup>159</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 283.

<sup>160</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 216 à 218.

<sup>161</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 309 à 311.

<sup>162</sup> Réponse de la Chine à la question n° 94.

<sup>163</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 26.

7.168 Le Groupe spécial rappelle la conclusion qu'il a formulée plus haut, au paragraphe 7.139, selon laquelle la Loi sur le droit d'auteur, en particulier la première phrase de l'article 4, est incompatible avec les obligations qui incombent à la Chine (en ce qui concerne les droits spécialement accordés par la Convention de Berne) au titre de l'article 5(1) de cette convention, tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. En l'absence de protection des droits spécialement accordés par la Convention de Berne, il ne peut pas y avoir de procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne les actes portant atteinte à ces droits, pour ce qui est des œuvres en question.

7.169 Le Groupe spécial rappelle que, lorsqu'il est parvenu à cette conclusion, il a rejeté l'argument de la Chine selon lequel l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne supprime pas le droit d'auteur, mais seulement "les droits privatifs susceptibles d'exécution forcée".<sup>164</sup> Toutefois, le Groupe spécial admettra cet argument pour les besoins de l'argumentation de l'allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.170 L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui suit:

"1. Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure. Ces procédures seront appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif."

7.171 La présente allégation est formulée au titre de la première phrase de l'article 41:1. Cela soulève certaines questions d'interprétation. La première concerne le champ d'application de cette phrase, tel qu'il ressort du membre de phrase "tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord".

7.172 L'expression "propriété intellectuelle" est définie à l'article 1:2 de l'Accord sur les ADPIC, de la manière suivante:

"Aux fins du présent accord, l'expression "propriété intellectuelle" désigne tous les secteurs de la propriété intellectuelle qui font l'objet des sections 1 à 7 de la Partie II."

7.173 La section 1 de la Partie II s'intitule "Droit d'auteur et droits connexes". Dans cette section, l'article 9:1 incorpore les articles 1<sup>er</sup> à 21 de la Convention de Berne (1971) et l'Annexe de ladite convention, à l'exception des droits conférés par l'article 6*bis* ou des droits qui en sont dérivés. Ces dispositions prévoient que différents droits sont octroyés aux auteurs pour leurs œuvres littéraires ou artistiques. Tout acte relevant de ces droits et commis, s'agissant des œuvres protégées, sans l'autorisation du détenteur du droit ou ne ressortissant pas à une exception valable est *a priori* un acte portant atteinte à un droit. En conséquence, un acte qui porte atteinte à un droit d'auteur sur une œuvre littéraire ou artistique, tel qu'il est prévu par les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui sont incorporées par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, est un "acte port[ant] atteinte aux

---

<sup>164</sup> Réponse de la Chine à la question n° 44, examinée plus haut aux paragraphes 7.61 à 7.71.

droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord", au sens de la première phrase de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>165</sup>

7.174 La Chine admet que le détenteur d'un droit sur une œuvre qui n'est pas protégée par le droit d'auteur conformément à l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur ne jouit pas des "droits privatifs susceptibles d'exécution forcée".<sup>166</sup> La Chine a expliqué l'article 4(1) dans les termes suivants:

"Il repose sur le principe fondamental voulant que la Loi sur le droit d'auteur n'assurera pas la protection conférée par le droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres dont le contenu est illégal."<sup>167</sup>

7.175 De l'avis du Groupe spécial, c'est là reconnaître que, malgré l'existence alléguée du "droit d'auteur" en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, il n'existe pas de procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle contre tout acte qui porterait atteinte à un droit d'auteur sur les œuvres en question, comme l'exige l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.176 La Chine conteste que les droits refusés par l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur sont "couverts par [l'A]ccord [sur les ADPIC]". Ce moyen de défense découle de la thèse de la Chine selon laquelle, en vertu de l'article 17 de la Convention de Berne (1971), elle est en droit de refuser d'accorder les droits conférés par l'article 5(1) de cette convention. Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut, aux paragraphes 7.122 à 7.139, dans lesquelles il a rejeté cette thèse. En conséquence, cette thèse n'offre pas non plus de moyen de défense contre l'allégation selon laquelle les droits qui ne sont pas accordés au titre de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur comprennent la protection contre les "acte[s] qui porter[ai]ent atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par [l'A]ccord [sur les ADPIC]", au sens de la première phrase de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.177 La deuxième question concerne la nature de l'obligation de faire en sorte que la "législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace". L'article 41 se trouve dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans "la présente partie" sont les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC.

7.178 La Chine affirme que le chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur "comporte" des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, en ce sens que les auteurs de toutes les œuvres ont "accès" à ces procédures, qu'ils aient ou non des éléments de preuve suffisants ou un droit valable à faire respecter.<sup>168</sup> Le Groupe spécial fait observer que selon cet argument, en effet, un Membre pourrait mettre à disposition des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, simplement en n'empêchant pas les détenteurs de droits de porter plainte et de poursuivre des actions inutilement.

7.179 Que les détenteurs de droits dont les œuvres sont privées de protection en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur aient ou non accès au processus, le Groupe spécial note que

---

<sup>165</sup> Il ne découle pas implicitement de l'approche retenue par le Groupe spécial que celui-ci a un avis sur la question de savoir si le membre de phrase "tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord" se rapporte uniquement aux actes portant atteinte aux droits exclusifs conférés par l'Accord sur les ADPIC.

<sup>166</sup> Voir plus haut la note de bas de page 164.

<sup>167</sup> Réponse de la Chine à la question n° 45.

<sup>168</sup> Réponse de la Chine à la question n° 94.

les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle "telles que celles qui sont énoncées dans la [Partie III]" de l'Accord sur les ADPIC vont beaucoup plus loin. Cela ressort clairement, entre autres choses, du texte de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui précise que ces procédures comprennent des "mesures correctives". Par exemple, les articles 44, 45, 46 et 50 de l'Accord sur les ADPIC précisent que les autorités judiciaires seront habilitées à donner certains ordres, notamment des injonctions, des ordres en vue d'assurer le paiement de dommages-intérêts, des ordres en vue d'assurer la mise hors circuit ou la destruction de marchandises qui portent atteinte à un droit, ainsi qu'à prendre des mesures provisoires. Lorsque la protection conférée par le droit d'auteur est refusée à une œuvre en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, les autorités judiciaires n'ont pas ce pouvoir au titre du chapitre V de la Loi sur le droit d'auteur. Il n'est pas dit qu'une autre loi de la Chine comporte de telles procédures.<sup>169</sup> Par conséquent, les détenteurs de droits n'ont pas accès à cet ensemble de procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, y compris à des mesures correctives, comme le requiert l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.180 La Chine affirme qu'une interdiction complète frappant la publication d'une œuvre est une forme d'"action efficace" et que, "dans un sens, c'est un autre moyen de faire respecter les droits de propriété intellectuelle contre toute atteinte".<sup>170</sup> Le Groupe spécial note que l'ensemble des droits exclusifs reconnus par la Convention de Berne (1971) auxquels il peut être porté atteinte est plus vaste que le seul droit d'autoriser la publication. En tout état de cause, la question de l'efficacité d'une interdiction de publication émanant des pouvoirs publics ne se pose pas. La Partie III de l'Accord sur les ADPIC comporte un ensemble minimal de procédures destinées à faire respecter les droits dont les Membres sont convenus sur le plan multilatéral, et qu'ils doivent mettre à la disposition des détenteurs de droits pour sanctionner toute violation des droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC. Si un Membre décide de mettre en place d'autres procédures – pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle ou d'autres politiques concernant certains objets – ce choix politique n'atténue pas l'obligation qui lui incombe, au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC, de faire en sorte que sa législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III.<sup>171</sup>

7.181 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial conclut que la Loi sur le droit d'auteur, en particulier la première phrase de l'article 4, est incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

## **7. Allégations au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

### **a) Principaux arguments des parties**

7.182 Les États-Unis allèguent que l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine ne prévoit pas de procédures pénales en ce qui concerne les œuvres auxquelles la protection conférée par le droit d'auteur a été refusée en vertu de l'article 4 de cette loi. Par conséquent, la Chine ne prévoit pas de procédures pénales ni de peines applicables pour certains actes délibérés de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale, comme l'exigent la première et la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Dans sa réponse à la question n° 46, la Chine se réfère seulement aux articles 46 et 47 de la Loi sur le droit d'auteur et aux articles 217 et 218 de la Loi pénale.

<sup>170</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 311; réponses de la Chine aux questions n° 52 et 94.

<sup>171</sup> La Chine ne fait pas mention de l'article 45:1 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne la présente allégation.

<sup>172</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 232, 233 et 238.

7.183 La Chine répond que cette allégation est sans fondement, compte tenu du fait que, en fait, le droit d'auteur n'est pas refusé au titre de la Loi sur le droit d'auteur, comme l'allèguent les États-Unis.<sup>173</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.184 Le Canada estime que l'article 47 de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine prévoit des procédures pénales et des peines applicables pour certains actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Toutefois, en raison de l'application de l'article 4 de cette loi, ces procédures et sanctions pénales ne sont pas d'application en ce qui concerne les œuvres étrangères interdites.<sup>174</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.185 Le Groupe spécial note que ces allégations concernent le refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur, en vertu de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, et son incidence sur les moyens de faire respecter les droits. Le Groupe spécial s'est déjà prononcé sur ces questions dans son examen des allégations présentées respectivement au titre de l'article 5(1) de la Convention Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, et au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Des constatations additionnelles concernant ces allégations au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne contribueraient pas davantage à un règlement positif du présent différend. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial se prononce sur ces allégations.

## 8. Allégations relatives au traitement national

a) Liste des mesures pertinentes en cause

7.186 Dans la section III de la demande d'établissement d'un groupe spécial, d'autres mesures sont énumérées, à savoir: la Loi pénale, le Règlement sur l'administration de l'industrie de l'édition, le Règlement sur l'administration de la radiodiffusion, le Règlement sur l'administration des produits audiovisuels, le Règlement sur l'administration des films, le Règlement sur l'administration des télécommunications, le Règlement sur l'administration de l'industrie cinématographique, le Règlement administratif sur les produits audiovisuels, le Règlement administratif sur l'édition, le Règlement administratif sur les publications électroniques, les Mesures relatives à l'administration des importations de produits audio et vidéo, les Procédures d'examen et d'approbation de la publication de publications électroniques finies faisant l'objet d'une licence concédée par un titulaire étranger du droit d'auteur, les Procédures d'examen et d'approbation de l'importation de publications électroniques finies par des entités importatrices de publications électroniques, les Procédures d'enregistrement des publications importées, le Règlement intérimaire sur l'administration de la culture Internet et les divers Avis sur le développement et la réglementation de la musique sur réseau, ainsi que toutes modifications, mesures connexes ou mesures de mise en œuvre.<sup>175</sup>

b) Arguments des parties

7.187 Dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les États-Unis allèguent qu'il apparaît que ces mesures établissent pour les œuvres, exécutions (ou leurs fixations) et enregistrements sonores de ressortissants chinois des processus d'examen avant distribution et avant autorisation différents de ceux qui s'appliquent aux œuvres, exécutions (ou leurs fixations) et enregistrements sonores de ressortissants étrangers. Ils allèguent que ces mesures, considérées conjointement avec

---

<sup>173</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 283.

<sup>174</sup> Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 27.

<sup>175</sup> Document WT/DS362/7, reproduit à l'annexe D-1 du présent rapport.

l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, semblent avoir pour effet d'assurer la protection et le respect du droit d'auteur plus rapidement et d'une manière plus favorable par ailleurs pour les œuvres d'auteurs chinois que pour les œuvres d'auteurs étrangers, ce qui est incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 9:1 de cet accord en ce qui concerne "au moins" l'article 5(1) et 5(2) de la Convention de Berne (1971).<sup>176</sup> Cependant, les États-Unis n'ont présenté au Groupe spécial aucune communication au sujet de ces allégations. Ils ont fait mention de quatre des règlements susmentionnés au sujet de leur allégation au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.188 La Chine soutient que les États-Unis n'ont pas soutenu leur allégation et qu'ils semblent donc avoir renoncé à présenter des arguments en ce qui concerne le traitement national.<sup>177</sup>

7.189 Les États-Unis confirment qu'ils ne maintiennent pas d'allégation au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC devant le présent Groupe spécial.<sup>178</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.190 Le Groupe spécial prend note que les États-Unis n'ont pas maintenu d'allégation concernant le traitement national dans le cadre du présent différend.

## 9. Conclusions concernant la Loi sur le droit d'auteur

7.191 Le Groupe spécial rappelle les conclusions qu'il a formulées plus haut, aux paragraphes 7.139 et 7.181, selon lesquelles la Loi sur le droit d'auteur, en particulier la première phrase de l'article 4, est incompatible avec les obligations qui incombent à la Chine au titre de:

- a) l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC; et
- b) l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

7.192 Le Groupe spécial applique le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de l'allégation présentée au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, et des allégations présentées au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC (en ce qui concerne la Loi sur le droit d'auteur).

## B. MESURES DOUANIÈRES

### 1. Description des mesures en cause

7.193 La présente section des constatations du Groupe spécial concerne trois des mesures douanières de la Chine. Le Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes ("**Règlement sur la protection des DPI par les douanes**") a été adopté par le Comité permanent du Conseil des affaires de l'État en novembre 2003 et est entré en vigueur en mars 2004. Le Règlement a été élaboré conformément à la Loi douanière et il établit une procédure permettant aux douanes de prendre des mesures conservatoires visant les marchandises susceptibles de porter atteinte à une marque de fabrique ou de commerce, à un droit d'auteur, à un droit connexe ou à un brevet au moment de leur importation ou de leur exportation. L'article 27 prévoit la confiscation

---

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 291.

<sup>178</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, note de bas de page 201.

des marchandises dont il a été déterminé qu'elles portaient atteinte à un droit de propriété intellectuelle et, dans son troisième paragraphe, il définit différentes options pour la mise hors circuit ou la destruction de ces marchandises. Les parties sont convenues de traduire le texte pertinent comme suit:

"Lorsque les marchandises confisquées qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle peuvent être utilisées à des fins d'aide sociale, les douanes remettent ces marchandises aux organismes d'aide sociale compétents pour qu'elles soient utilisées à des fins d'aide sociale. Lorsque le détenteur du droit de propriété intellectuelle entend les acheter, les douanes peuvent les lui attribuer moyennant compensation. Lorsque les marchandises confisquées qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que le détenteur du droit de propriété intellectuelle n'a pas l'intention de les acheter, les douanes peuvent, après avoir éliminé les éléments contrefaits, les vendre aux enchères, conformément à la loi. Lorsqu'il est impossible d'éliminer les éléments contrefaits, les douanes détruisent les marchandises."<sup>179</sup>

7.194 Les Mesures de mise en œuvre du Règlement sur la protection des DPI par les douanes ("**Mesures de mise en œuvre**") ont été adoptées par le Comité permanent de l'Administration générale des douanes en avril 2004 et elles sont entrées en vigueur en juillet 2004. Les Mesures de mise en œuvre ont été élaborées conformément à la Loi douanière et à d'autres lois et règlements administratifs dans le but d'appliquer effectivement le Règlement sur la protection des DPI par les douanes.<sup>180</sup> Les parties sont convenues de traduire l'article 30 des Mesures de mise en œuvre comme suit:

"Article 30 – Les douanes se défont des marchandises contrefaites qu'elles ont confisquées conformément aux dispositions suivantes:

1) Lorsque les marchandises concernées peuvent être utilisées directement à des fins d'aide sociale ou que le détenteur du droit de propriété intellectuelle souhaite les acheter, les douanes remettent<sup>181</sup> les marchandises aux organismes d'aide sociale compétents<sup>182</sup> pour qu'elles soient utilisées à des fins d'aide sociale<sup>183</sup> ou les attribuent au détenteur du droit de propriété intellectuelle moyennant compensation;

2) Lorsque les douanes ne peuvent se défaire des marchandises concernées conformément aux dispositions du paragraphe 1 mais que les éléments contrefaits peuvent être éliminés, elles<sup>184</sup> sont vendues aux enchères conformément à la loi, après élimination des éléments contrefaits. Le produit de la vente aux enchères est versé au Trésor public; et

---

<sup>179</sup> Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>180</sup> Mesures de mise en œuvre, article premier.

<sup>181</sup> S'agissant de la traduction en anglais, le mot "shall" ne figure pas dans le premier paragraphe du texte original. Voir plus loin le paragraphe 7.339.

<sup>182</sup> La même expression figurant dans les textes originaux a été rendue par "social welfare bodies" dans la traduction en anglais des Mesures de mise en œuvre et par "public welfare bodies" dans la traduction en anglais du Règlement sur la protection des DPI par les douanes.

<sup>183</sup> La même expression figurant dans les textes originaux a été rendue par "social public welfare" dans la traduction en anglais des Mesures de mise en œuvre et par "social public welfare undertakings" dans la traduction en anglais du Règlement sur la protection des DPI par les douanes.

<sup>184</sup> S'agissant de la traduction en anglais, le mot "shall" ne figure pas dans le deuxième paragraphe du texte original. Voir plus loin le paragraphe 7.339.

3) Lorsque les douanes ne peuvent se défaire des marchandises concernées conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2, elles sont détruites.

Lorsque les douanes détruisent les marchandises contrefaites, le détenteur du droit de propriété intellectuelle fournit l'assistance nécessaire. Dans les cas où des organismes d'aide sociale compétents utilisent les marchandises contrefaites confisquées par les douanes à des fins d'aide sociale, ou que le détenteur du droit de propriété intellectuelle aide les douanes à détruire les marchandises contrefaites, les douanes exercent la surveillance nécessaire."<sup>185</sup>

7.195 L'**Avis au public n° 16/2007** a été publié par l'Administration générale des douanes en avril 2007. Il a été publié afin notamment de réglementer la vente aux enchères par les douanes de marchandises contrefaites, conformément à l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes. Les parties sont convenues de traduire le dispositif comme suit:

"1. Lorsque les marchandises contrefaites confisquées sont vendues aux enchères par les douanes, celles-ci éliminent complètement tous les éléments contrefaits apposés sur les marchandises et leur emballage en appliquant rigoureusement l'article 27 du Règlement, y compris en éliminant les éléments qui portent atteinte à une marque de fabrique ou de commerce, à un droit d'auteur, à un brevet ou à d'autres droits de propriété intellectuelle. Les marchandises dont les éléments contrefaits ne peuvent pas être éliminés complètement sont détruites et ne doivent pas être vendues aux enchères.

2. Les douanes demandent au détenteur du droit de propriété intellectuelle de présenter des observations avant que les marchandises contrefaites ne soient vendues aux enchères."<sup>186</sup>

7.196 Il n'est pas contesté que ces trois mesures sont toutes contraignantes pour l'Administration générale des douanes.<sup>187</sup> Ces trois mesures sont dénommées collectivement "mesures douanières" dans le présent rapport.

## **2. Allégation au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC**

### **a) Principaux arguments des parties**

7.197 Les États-Unis allèguent que les autorités chinoises compétentes ne disposent pas du pouvoir voulu pour ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit, comme le requiert l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC. Les mesures en cause établissent un "régime obligatoire", de sorte que les autorités douanières chinoises ne peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour détruire les marchandises et doivent privilégier des moyens de disposition qui permettent l'introduction des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux ou, sinon, qui causent un préjudice au détenteur du droit.<sup>188</sup> Le *don à des organismes d'aide sociale* peut être préjudiciable au détenteur du droit et rien ne semble interdire à ces organismes de vendre les marchandises contrefaites; la *vente au détenteur du droit* cause à celui-ci un préjudice correspondant au montant qu'il doit payer pour les marchandises contrefaites; et la *vente aux enchères* ne constitue pas une mise hors circuit commercial et peut causer un préjudice au détenteur du droit si celui-ci n'y

---

<sup>185</sup> Traduction mutuellement convenue n° 7, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>186</sup> Traduction mutuellement convenue n° 8, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>187</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 59 à 61, et réponses des États-Unis aux questions n° 26 et 75; réponse de la Chine à la question n° 26.

<sup>188</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 56, 57 et 172.

consent pas. Lorsqu'elles peuvent avoir recours à l'un ou l'autre de ces trois moyens, les autorités ne sont pas habilitées à ordonner la *destruction* des marchandises contrefaites.<sup>189</sup>

7.198 La Chine répond que les autorités douanières sont habilitées à ordonner à la fois la mise hors circuit et la destruction des marchandises portant atteinte à un droit, conformément à l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC. Le *don à des organismes d'aide sociale* et la *vente au détenteur du droit* constituent une mise hors circuits commerciaux qui évite de causer un préjudice au détenteur du droit.<sup>190</sup> L'article 59 doit être rapproché de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>191</sup> La loi chinoise établit des critères qui dénotent une préférence officielle pour le recours à des moyens de disposition autres que la destruction, mais les douanes ont la compétence discrétionnaire de déterminer si les critères sont remplis et, par voie de conséquence, de décider du moyen de disposition approprié. Les douanes chinoises ont décidé de détruire 58 pour cent de la valeur totale des marchandises contrefaites entre 2005 et 2007, ce qui prouve que la hiérarchie présumée des moyens de disposition n'empêche pas les douanes d'ordonner la *destruction* des marchandises contrefaites.<sup>192</sup> L'obligation qui est faite à l'article 59 d'"habiliter" les autorités à ordonner la destruction ne signifie pas que les Membres doivent accorder une compétence discrétionnaire ne faisant l'objet d'aucune restriction ou ligne directrice et que les organismes nationaux doivent avoir le pouvoir absolu d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites, quelles que soient les circonstances.<sup>193</sup>

7.199 Les États-Unis répondent que l'article 59 exige que les autorités disposent des pleins pouvoirs pour mettre hors circuit ou détruire les marchandises contrefaites qui ont été confisquées, conformément aux principes énoncés à l'article 46. Les autorités devraient avoir le *pouvoir* d'opérer un choix entre différents moyens légitimes pour se défaire de ces marchandises dès le départ, lorsqu'il a été constaté qu'elles portaient atteinte à un droit, et par la suite, jusqu'à ce qu'elles s'en défassent finalement.<sup>194</sup> La seule flexibilité offerte par l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC a trait à la façon dont un Membre met en œuvre ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et elle ne l'exempte pas de se conformer pleinement aux obligations résultant pour lui de l'Accord sur les ADPIC.<sup>195</sup> Les statistiques ne permettent pas de répondre à cette allégation, parce que les États-Unis ne prétendent pas que les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC *exigent* que la Chine détruise ou mette hors circuit toutes les marchandises contrefaites conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46. La question pertinente est: quelles sont les décisions qui, au regard de la loi, peuvent être rendues par les douanes chinoises dans des circonstances particulières.<sup>196</sup>

7.200 La Chine répond que l'Accord sur les ADPIC ne l'oblige pas à faire en sorte que toute marchandise contrefaite écartée des circuits commerciaux évite de causer un préjudice au détenteur du droit. Les douanes doivent plutôt être *habilitées* à écarter les marchandises saisies des circuits commerciaux de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.<sup>197</sup> La détermination de ce qui constitue une habilitation appropriée au regard de l'Accord sur les ADPIC dépend beaucoup des circonstances. Le pouvoir dont disposent les douanes chinoises est approprié, compte tenu du degré de compétence discrétionnaire dont elles jouissent pour rendre leurs décisions et de leur autonomie, et étant donné que les règles auxquelles elles sont assujetties obéissent aux intérêts légitimes des

---

<sup>189</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 179 à 192.

<sup>190</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 182.

<sup>191</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 185.

<sup>192</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 194.

<sup>193</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 196.

<sup>194</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 128; réponse des États-Unis à la question n° 38.

<sup>195</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 129.

<sup>196</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 131.

<sup>197</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 160.

pouvoirs publics, qu'elles ont un effet préventif et qu'elles évitent de causer un préjudice au détenteur du droit.<sup>198</sup>

7.201 Les États-Unis affirment que les mesures en cause sont incompatibles avec le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46, parce que rien n'indique que la vente aux enchères des marchandises après le retrait de la marque contrefaite n'est autorisée que dans des "circonstances exceptionnelles".<sup>199</sup>

7.202 La Chine répond que même si la quatrième phrase de l'article 46 imposait une obligation indépendante aux autorités douanières, ce qu'elle n'admet pas, les douanes chinoises s'acquitteraient de leur obligation, parce qu'elles retirent "tous" les éléments contrefaits, pas seulement les marques, et qu'elles demandent au détenteur du droit de présenter des observations.<sup>200</sup> La Chine fait valoir que l'emploi du mot "release" (introduction) laisse entrevoir un retour au contrevenant. Les douanes fixent un prix de réserve lors de la vente aux enchères pour faire en sorte que les contrevenants n'aient pas la possibilité d'acheter les marchandises saisies à un prix déraisonnablement bas et d'apposer de nouveau des marques contrefaites. De l'avis de la Chine, cela cadre avec le but de la quatrième phrase de l'article 46, qui consiste à faire en sorte que les autorités privent les contrevenants des avantages économiques liés aux marchandises lorsqu'elles se défont des marchandises saisies.<sup>201</sup> La Chine fait également valoir que le mot "suffisant" indique que l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux est autorisée par la quatrième phrase de l'article 46, et pas seulement dans des circonstances exceptionnelles. Elle dit aussi que le recours à la vente aux enchères peut être considéré comme "exceptionnel", puisqu'il ne représente qu'une proportion de 2 pour cent.<sup>202</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.203 L'Argentine estime que les autorités douanières peuvent librement choisir parmi un certain nombre de solutions la méthode qui a le plus de chances de réussir, eu égard à la situation. Elles pourraient décider, à leur discrétion, soit de détruire la marchandise confisquée, soit de l'écarter des circuits commerciaux de manière à ne pas léser les intérêts du détenteur du droit. Le don à des organismes d'aide sociale est une solution viable, mais les autorités douanières devront alors déterminer au cas par cas si elles évitent ainsi de causer un préjudice au détenteur du droit.<sup>203</sup>

7.204 L'Australie estime que l'expression "les circuits commerciaux" englobe toute activité se rapportant à la fourniture ou à la cession de marchandises en vue d'obtenir un avantage financier sur le territoire du Membre. L'article 59 exige en effet que les autorités compétentes soient en mesure d'ordonner que les marchandises contrefaites soient détruites ou écartées de manière qu'elles n'entrent pas dans les circuits commerciaux sur le territoire de ce Membre. Ces méthodes pourraient comprendre le recyclage ou le don à un organisme de charité sur le territoire du Membre, à condition que les marchandises contrefaites ne soient pas susceptibles d'entrer ainsi dans les circuits commerciaux.<sup>204</sup>

7.205 Le Brésil estime que la quatrième phrase de l'article 46 indique que l'introduction des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux est admise par l'Accord sur les ADPIC.

---

<sup>198</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 181 à 188.

<sup>199</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 190; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 169.

<sup>200</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 222 à 225.

<sup>201</sup> Première déclaration orale de la Chine, paragraphes 72 à 77; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 210 à 215.

<sup>202</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 206 à 209, et note de bas de page 161.

<sup>203</sup> Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 50 et 70.

<sup>204</sup> Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphes 26 à 32.

L'obligation consiste à conférer le pouvoir d'écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux ou d'ordonner leur destruction. Il n'est pas nécessaire que le pouvoir d'avoir recours à un moyen de disposition ou à un autre soit inconditionnel, mais il ne devrait pas être seulement théorique. L'article 46 n'exige pas que les Membres fassent en sorte qu'absolument aucun préjudice ne soit jamais causé au détenteur du droit par suite de la disposition des marchandises contrefaites; l'obligation consiste plutôt à *éviter* cela, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, mais d'une obligation de moyen.<sup>205</sup>

7.206 Le Brésil estime que les limites fixées par la quatrième phrase de l'article 46 s'appliquent à la disposition des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux. Une interprétation *a contrario* indique que les marchandises autres que les marchandises de marque contrefaites peuvent être introduites dans les circuits commerciaux, et que les marchandises de marque contrefaites peuvent être introduites dans les circuits commerciaux lorsque des mesures additionnelles sont prises en plus du simple fait de retirer la marque.<sup>206</sup>

7.207 Le Canada soutient que l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC exige que les Membres confèrent d'entrée de jeu aux autorités compétentes les pouvoirs énoncés dans l'article 46, c'est-à-dire dès lors qu'il a été établi que les marchandises portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle. En Chine, les autorités compétentes n'acquièrent les pouvoirs requis qu'une fois que d'autres moyens de disposition ont été examinés, voire jamais dans certains cas. Donner les marchandises au détenteur du droit ou les recycler sont des manières évidentes de les écarter des circuits commerciaux sans causer un préjudice au détenteur du droit. Le don à des organismes d'aide sociale exclut la destruction des marchandises et ceux-ci peuvent vendre les marchandises contrefaites. Le détenteur du droit a le choix soit d'acheter les marchandises contrefaites, et de subir ainsi un préjudice financier, soit de courir le risque que les marchandises soient vendues aux enchères. Les autorités compétentes n'acquièrent le pouvoir de détruire les marchandises que lorsque les éléments contrefaits ne peuvent pas être retirés facilement ou que personne n'achète les marchandises lors de la vente aux enchères.<sup>207</sup>

7.208 Le Canada soutient que les mesures de la Chine sont incompatibles avec l'article 59 pour une autre raison. L'obligation de mettre hors circuit les marchandises contrefaites conformément aux principes énoncés à l'article 46 comprend l'obligation de se conformer à l'interdiction de disposer des marchandises contrefaites après avoir seulement retiré les éléments contrefaits. Les autorités douanières chinoises ne vendent pas aux enchères des marchandises de marque contrefaites dont les éléments contrefaits ont été retirés uniquement "dans des circonstances exceptionnelles".<sup>208</sup>

7.209 Les Communautés européennes s'accordent à penser comme la Chine que les articles 59 et 46 de l'Accord sur les ADPIC n'imposent pas l'obligation de disposer des marchandises contrefaites en ayant recours uniquement aux deux options prévues par l'article 46, première phrase. Non seulement les termes de l'article 59 mais également ceux de l'article 46 prescrivent que "les autorités ... seront *habilitées* à ordonner" des mesures correctives, et non pas que les autorités *doivent avoir recours* à ces mesures correctives dans des circonstances données. Toutefois, si les autorités douanières choisissent une autre manière de se défaire des marchandises contrefaites, par exemple en les vendant aux enchères, le principe énoncé à l'article 46, quatrième phrase, est d'application. S'agissant de la mise hors circuits commerciaux, celle-ci doit être opérée de manière à éviter de causer *un* préjudice au détenteur du droit.<sup>209</sup> Cela signifie que même un léger préjudice est de trop. Une question d'interprétation essentielle est celle de savoir dans quelle mesure l'obligation inscrite dans l'article 59

---

<sup>205</sup> Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 43 à 52.

<sup>206</sup> Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 45 et 52.

<sup>207</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 14 à 19; déclaration orale du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 10 à 14.

<sup>208</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 20 et 21.

<sup>209</sup> Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 16 à 20.

permet aux Membres de subordonner à des conditions le "pouvoir" d'ordonner la mise hors circuit ou la destruction.<sup>210</sup>

7.210 Les Communautés européennes ne partagent pas l'opinion de la Chine selon laquelle la quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59. L'article 59 parle "[des] principes énoncés à l'article 46" dans leur intégralité. La deuxième phrase de l'article 59 n'est pas une *lex specialis* qui dérogerait à la disposition générale énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46, car les deux dispositions traitent de différentes façons de se défaire des marchandises de marque contrefaites qui sont toutes pertinentes pour les autorités douanières.<sup>211</sup>

7.211 Pour le Taipei chinois, il devrait être considéré qu'un Membre a satisfait à la norme minimale énoncée à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC si les autorités judiciaires ont le pouvoir d'ordonner à la fois la destruction et la mise hors circuit, conformément aux conditions énoncées dans cet article. Un Membre est libre de définir lui-même les circonstances dans lesquelles les marchandises contrefaites doivent être mises hors circuit ou détruites ainsi que l'ordre de priorité entre ces deux options.<sup>212</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

i) *Introduction*

7.212 Le Groupe spécial note que la présente allégation conteste les mesures douanières "en tant que telles". Les parties ne sont pas d'accord quant à l'interprétation qu'il convient de donner aux mesures en cause. Le Groupe spécial est donc tenu, conformément à son mandat, de procéder à une évaluation objective du sens des dispositions pertinentes de ces mesures. Le Groupe spécial rappelle les observations qu'il a formulées plus haut au paragraphe 7.28 et confirme qu'il examine les mesures douanières uniquement afin de déterminer leur conformité avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC.

ii) *Mesures à la frontière*

7.213 Cette allégation est formulée au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose ce qui suit:

*"Mesures correctives*

Sans préjudice des autres droits d'engager une action qu'a le détenteur du droit et sous réserve du droit du défendeur de demander une révision par une autorité judiciaire, les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46. Pour ce qui est des marchandises de marque contrefaites, les autorités ne permettront pas la réexportation en l'état des marchandises en cause, ni ne les assujettiront à un autre régime douanier, sauf dans des circonstances exceptionnelles."

7.214 Cet article contient un certain nombre de mots clés, tels que "le détenteur du droit", "du défendeur", "autorités compétentes" et "marchandises portant atteinte à un droit" qui ne sont pas

---

<sup>210</sup> Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 15 à 20.

<sup>211</sup> Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 17 et 19.

<sup>212</sup> Communication écrite du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphes 22 à 29; déclaration orale du Taipei chinois, paragraphes 13 à 17.

définis dans l'article proprement dit, mais qui ne peuvent être compris qu'en lisant l'ensemble de l'article dans son contexte.

7.215 L'article 59 se trouve dans la section 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, qui traite des prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière. La section 4 définit des procédures concernant la suspension à la frontière, par les autorités douanières, de la mise en libre circulation de marchandises. L'article 59 définit l'étape de ces procédures qui intervient une fois qu'il a été constaté que des marchandises portent atteinte à un droit. En conséquence, l'article 59 fait partie d'une série de procédures et ses mots clés doivent être compris dans ce contexte.

7.216 Cette interprétation est confirmée par la disposition liminaire de la section 4. La première phrase de l'article 51 dispose ce qui suit:

"Les Membres adopteront, conformément aux dispositions énoncées ci-après, des procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marque contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières." (notes de bas de page omises)

7.217 Il est question dans cette phrase de "procédures permettant au détenteur d'un droit ... de présenter ... une demande ... visant à faire suspendre la mise en libre circulation" de certaines marchandises "par les autorités douanières". Ces procédures doivent être conformes "aux dispositions énoncées ci-après". Les "dispositions énoncées ci-après" sont celles de la section 4, qui comprend l'article 59.

7.218 Qualifier cette procédure de procédure de "demande" de "suspension" ne semble pas avoir pour effet d'exclure des aspects connexes de la procédure visés dans les dispositions énoncées ci-après, telles que les dispositions relatives aux actions menées d'office figurant à l'article 58 ou les mesures correctives résultant d'une demande et/ou d'une suspension qui sont énoncées à l'article 59. Les procédures figurant dans la section 4 constituent plutôt un ensemble qui doit être interprété comme un tout. Cela ressort de la deuxième phrase de l'article 51 (en ce qui concerne d'autres marchandises, laquelle est reproduite plus bas), dans laquelle il est dit qu'"une telle demande" (c'est-à-dire une demande comme celle dont il est question dans la première phrase) est soumise "[aux] prescriptions énoncées dans la présente section". Cela tend à confirmer que les "dispositions énoncées [ ] après" l'article 51 comprennent la section 4 dans son intégralité.

7.219 La nécessité d'interpréter les dispositions dans le contexte de la section pertinente est une particularité des sections 2, 3 et 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Si certaines dispositions renvoient expressément à des dispositions antérieures, comme les articles 52, 54 et 56, beaucoup d'autres ne comportent pas de renvoi, comme les articles 53:1, 55, 57 et 59, mais s'en remettent plutôt au contexte pour apporter des éclaircissements. Cela confirme que les dispositions de la section 4 doivent être interprétées comme un ensemble cohérent de procédures et non pas être prises séparément.

7.220 Par conséquent, le Groupe spécial se référera à d'autres dispositions de la section 4, en particulier à l'article 51, pour interpréter certains termes employés dans l'article 59.

iii) *"marchandises portant atteinte à un droit"*

7.221 La première phrase de l'article 59 s'applique aux "marchandises portant atteinte à un droit". Le sens ordinaire de ces mots ne se limite pas aux marchandises qui portent atteinte à certains droits

en particulier. Toutefois, si l'on tient compte du contexte, il comporte certaines limitations. La première phrase de l'article 51 dispose que les procédures pertinentes s'appliqueront, à tout le moins, à "l'importation" de "marchandises de marque contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur". Cela s'applique à l'article 59 pour les raisons exposées plus haut aux paragraphes 7.213 à 7.220.

7.222 L'article 51 autorise expressément les Membres à prévoir également des procédures à la frontière pour d'autres marchandises portant atteinte à un droit. Les deuxième et troisième phrases de l'article 51 disposent ce qui suit:

"Les Membres pourront permettre qu'une telle demande soit faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, à condition que les prescriptions énoncées dans la présente section soient observées. Les Membres pourront aussi prévoir des procédures correspondantes pour la suspension par les autorités douanières de la mise en circulation de marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées de leur territoire."

7.223 Le mot "pourront" est employé dans ces deux phrases, ce qui indique qu'il s'agit de dispositions facultatives. La deuxième phrase prévoit un élargissement facultatif à "d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle". Cela vise à la fois les marchandises qui portent atteinte à des marques de fabrique ou de commerce et au droit d'auteur sans constituer pour autant des marchandises de marque contrefaites ou des marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur, ainsi que les marchandises qui portent atteinte à d'autres catégories de droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets. La deuxième phrase comporte une condition expresse qui s'applique lorsque les Membres prévoient des mesures à la frontière pour d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, à savoir: "à condition que les prescriptions énoncées dans la présente section soient observées".<sup>213</sup> Les prescriptions de cette "section" comprennent celles qui sont énoncées à l'article 59. Par conséquent, dans la mesure où un Membre prévoit qu'une telle demande puisse être faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets, l'obligation énoncée à l'article 59 est d'application.

7.224 La troisième phrase de l'article 51 prévoit un élargissement facultatif aux "marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées" depuis le territoire du Membre. Selon les termes de la troisième phrase, cette possibilité n'est assortie d'aucune condition explicite. La faculté de prévoir des "procédures correspondantes" n'est pas, à première vue, une obligation voulant que les procédures correspondent. L'absence de toute condition explicite dans la troisième phrase contraste avec la condition énoncée dans la deuxième phrase, qui a également pour objet de prévoir l'élargissement facultatif des mesures à la frontière. Il n'aurait pas été opportun d'inclure une condition identique à celle qui figure dans la deuxième phrase, puisque les prescriptions de la section 4 concernent l'importation, mais la troisième phrase aurait pu néanmoins comporter une condition explicite voulant que les procédures relatives aux marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées correspondent à celles énoncées dans la section ou soient conformes aux principes qui y sont énoncés.<sup>214</sup> Toutefois, elle n'en comporte pas.

---

<sup>213</sup> Il existe des différences explicites entre les procédures qui s'appliquent à différentes marchandises: l'article 53:2 de l'Accord sur les ADPIC ne s'applique qu'aux marchandises comportant des dessins ou modèles industriels, des brevets, des schémas de configuration ou des renseignements non divulgués; la deuxième phrase de l'article 59 ne s'applique qu'aux marchandises de marque contrefaites.

<sup>214</sup> Par exemple, les articles 49 et 50:8 de l'Accord sur les ADPIC prévoient des procédures facultatives, sous réserve de l'obligation conditionnelle qu'elles "[soient] conformes à des principes équivalant en substance à ceux qui sont énoncés" dans les sections pertinentes. En revanche, la note de bas de page 13 de l'Accord sur les ADPIC définit une option mais ne comporte aucune obligation conditionnelle. Toutefois, la note de bas de

Interprétée dans son contexte, cette omission est sans ambiguïté. Par conséquent, le Groupe spécial constate qu'il n'existe aucune obligation d'appliquer les prescriptions énoncées à l'article 59 aux marchandises destinées à être exportées.<sup>215</sup>

7.225 Passant aux mesures en cause, le Groupe spécial note que l'article 2 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes dispose que, "dans le présent règlement, l'expression protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes s'entend de la protection accordée par l'Administration des douanes en ce qui concerne le droit exclusif d'utiliser *des droits de marque, des droits d'auteur et des droits connexes, ainsi que des droits de brevet* (ci-après dénommés droits de propriété intellectuelle) ...". (pas d'italique dans l'original) Il en va de même des Mesures de mise en œuvre et de l'Avis au public n° 16/2007, qui mettent tous deux en application le Règlement sur la protection des DPI par les douanes.<sup>216</sup>

7.226 Il est évident que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle visées par les mesures douanières comprennent non seulement les marchandises de marques contrefaites et les marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur, mais également certaines autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle, à savoir d'autres marchandises portant atteinte à une marque, d'autres marchandises portant atteinte à un droit d'auteur et d'autres marchandises portant atteinte à un brevet. Pour les raisons exposées plus haut au paragraphe 7.223, le Groupe spécial constate que l'article 59 s'applique aux mesures douanières car ces mesures visent toutes ces atteintes aux droits de propriété intellectuelle.<sup>217</sup>

7.227 Le Groupe spécial note que l'article 2 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes dispose également que, "dans le présent règlement, l'expression protection des droits de propriété intellectuelle s'entend de la protection accordée par l'Administration des douanes ... pour ce qui est des *importations ou exportations* ...". (pas d'italique dans l'original) Il en va de même des Mesures de mise en œuvre et de l'Avis au public n° 16/2007, qui mettent tous deux en application le Règlement sur la protection des DPI par les douanes.<sup>218</sup>

7.228 À cet égard, les mesures à la frontière de la Chine offrent un niveau de protection *plus élevé* que la norme minimale requise par la section 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Concrètement, cela signifie, selon les statistiques incontestées établies par les douanes chinoises, que les marchandises contrefaites mises hors circuit ou détruites au titre des mesures en cause pendant les

---

page 13 limite la portée de l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 51 plutôt que de prévoir un élargissement facultatif.

<sup>215</sup> Le texte même de l'article 59 confirme ce point. Il est question dans la deuxième phrase de la "réexportation" de marchandises portant atteinte à un droit, et non pas de leur "exportation", ce qui implique que les marchandises de marque contrefaites ne sont présentées qu'à l'importation.

<sup>216</sup> Voir plus haut les paragraphes 7.194 et 7.195.

<sup>217</sup> La présente constatation ne concerne que les importations, conformément à ce qui est dit plus bas au paragraphe 7.231.

<sup>218</sup> Ces mesures mettent en application le Règlement sur la protection des DPI par les douanes. En outre, dans les Mesures de mise en œuvre, l'article 4 fait état des droits de propriété intellectuelle afférents aux importations et aux exportations; le chapitre III, intitulé "Rétention sur demande", commence par l'article 14 dans lequel il est question de marchandises sur le point d'être importées ou exportées; le chapitre IV, intitulé "Enquête par les autorités", commence par l'article 20, qui traite de la découverte d'importations ou d'exportations par les douanes; et il est suivi du chapitre V, qui traite de la mise hors circuit des marchandises et des frais, et qui commence par l'article 30, dans lequel il est question des marchandises contrefaites qui ont été confisquées par les douanes. L'Avis au public n° 16/2007 a été donné dans le but de réglementer la vente aux enchères des marchandises conformément à l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes, lequel s'applique aussi bien aux importations qu'aux exportations.

années 2005 à 2007 étaient destinées à l'exportation dans une proportion correspondant à 99,85 pour cent de leur valeur.<sup>219</sup>

7.229 L'allégation des États-Unis porte sur les "marchandises portant atteinte à un droit"<sup>220</sup>; elle indique expressément que les mesures en cause s'appliquent aux importations et aux exportations.<sup>221</sup> Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial au sujet de leur allégation et de la pertinence de l'article 51, les États-Unis ont fait savoir qu'ils "ne prenaient pas position" quant à la question de savoir si la première phrase de l'article 59 régissait aussi les actions des autorités à la frontière en ce qui concerne les marchandises destinées à l'exportation.<sup>222</sup>

7.230 Au vu de la réponse des États-Unis et étant donné qu'il incombe au plaignant de soutenir son allégation et d'en établir le bien-fondé, la Chine estime que ses mesures ne sont pas visées par cette allégation en ce qui concerne les marchandises destinées à l'exportation.<sup>223</sup>

7.231 Le Groupe spécial note que les États-Unis n'ont pas retiré leur allégation en ce qui concerne un quelconque aspect des mesures douanières. Pour les raisons exposées plus haut au paragraphe 7.224, le Groupe spécial conclut que l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC ne s'applique pas aux mesures douanières dès lors que ces mesures s'appliquent aux marchandises destinées à l'exportation.

7.232 Le Groupe spécial poursuivra son évaluation de l'allégation dans la mesure où elle concerne des marchandises destinées à l'importation. Les importations représentaient 0,15 pour cent de la valeur des marchandises mises hors circuit ou détruites au titre des mesures en cause au cours des années 2005 à 2007. Pendant cette période, toutes les importations de marchandises contrefaites qui ont été confisquées ont été soit données à la Société chinoise de la Croix-Rouge (0,12 pour cent), soit détruites (0,02 pour cent).<sup>224</sup> Le volume des importations de marchandises contrefaites qui ont été vendues au détenteur du droit ou vendues aux enchères était nul.

7.233 Néanmoins, les mesures douanières, telles qu'elles sont libellées, s'appliquent de la même manière tant aux exportations qu'aux importations. La Chine confirme que les éléments de preuve qu'elle a présentés, y compris en ce qui concerne certaines expéditions d'exportations, indiquent la façon dont les mesures douanières s'appliquent à la fois aux exportations et aux importations.<sup>225</sup> Les statistiques englobant à la fois les exportations et les importations offrent un échantillon beaucoup plus large, et donc plus fiable. Par conséquent, le Groupe spécial estime qu'il peut se référer aux éléments de preuve qui concernent aussi bien les exportations que les importations aux fins de son évaluation de la présente allégation, qui ne porte que sur les importations.

---

<sup>219</sup> Voir "Statistics on Disposition of Infringing Goods by China Customs In Years 2005 through 2007 prepared by China Customs" dans les pièces CHN-166 et CHN-167.

<sup>220</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171, deuxième phrase, dans laquelle il est question des importations "en particulier".

<sup>221</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 58, note de bas de page 45; paragraphe 179, note de bas de page 117.

<sup>222</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 28.

<sup>223</sup> Deuxième déclaration orale de la Chine, paragraphes 46 et 47.

<sup>224</sup> Ces chiffres ne totalisent pas 0,15 pour cent du fait de l'arrondissement. Voir les statistiques douanières dont il est question plus haut dans la note de bas de page 219.

<sup>225</sup> Voir les dispositions du Règlement sur la protection des DPI par les douanes et des Mesures de mise en œuvre qui sont citées plus haut au paragraphe 7.227, ainsi que la confirmation de ce point par la Chine dans sa réponse à la question n° 30.

iv) "seront habilitées"

7.234 Aux termes de l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 59, les autorités compétentes "seront habilitées" à ordonner certains types de mesures correctives en ce qui concerne les marchandises portant atteinte à un droit. Il est clair d'après le contexte qu'offre la section 4 que les obligations énoncées dans l'article 59 sont d'application lorsque les autorités douanières ont suspendu la mise en libre circulation de marchandises soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Le fait que l'article 59 s'applique aux "marchandises portant atteinte à un droit" indique que les obligations qui y sont énoncées sont d'application lorsque les autorités compétentes constatent que les marchandises visées par la suspension portent atteinte à un droit. Le fait que l'article 59 traite de l'habilitation à ordonner des mesures correctives implique que les obligations continuent d'exister jusqu'à ce qu'une mesure corrective ait été ordonnée. Le texte de l'article ne comporte aucune autre limitation quant à la portée temporelle des obligations. Par conséquent, l'obligation voulant que les autorités compétentes "[soient] habilitées" à rendre certaines ordonnances est d'application dès le moment où les autorités compétentes constatent que les marchandises visées par la suspension à la frontière portent atteinte à un droit, jusqu'au moment où une mesure corrective est ordonnée.

7.235 Les États-Unis confirment qu'ils ne prétendent pas que l'obligation voulant que les autorités compétentes "[soient] habilitées" à ordonner certaines mesures correctives prescrit aux Membres de rendre ces ordonnances. Ils affirment plutôt que "la question pertinente est de savoir quelles décisions les douanes chinoises sont habilitées à rendre en vertu de la loi dans des circonstances particulières".<sup>226</sup>

7.236 Le Groupe spécial note que le mot "habilitation" peut être défini ainsi: "power or right to enforce obedience; moral or legal supremacy; right to command or give a final decision" (pouvoir ou droit d'assurer l'exécution; investiture légale ou morale; droit de commander ou de rendre une décision finale).<sup>227</sup> L'obligation consiste à "être" habilitée, non pas à "faire usage" de cette habilitation.<sup>228</sup> Le membre de phrase "seront habilitées à" est employé dans toutes les obligations en matière d'exécution qui figurent dans les sections 2, 3 et 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, en particulier dans les articles 43:1, 44:1, 45:1, 45:2, 46, 48:1, 50:1, 50:2, 50:3, 50:7, 53:1, 56 et 57.<sup>229</sup> Il peut être mis en contraste avec la terminologie qui a été employée dans les normes minimales de protection énoncées dans la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, dans laquelle il est dit par exemple que "les Membres prévoient" la protection, ou que certains éléments "seront" protégés. L'obligation énoncée à l'article 46 voulant que certaines autorités "[soient] habilitées" à rendre certaines ordonnances indique entre autres choses que les ordonnances relatives à certaines atteintes sont laissées à l'appréciation des autorités de police.<sup>230</sup>

7.237 Cela est confirmé par le contexte. L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui traite des actions possibles et qui est cité plus haut au paragraphe 7.170, oblige les Membres à faire en sorte que leur législation "comporte" des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III, de manière à permettre une action efficace contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

---

<sup>226</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 55; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 131.

<sup>227</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

<sup>228</sup> Cela est sans préjudice des autres obligations en matière d'exécution.

<sup>229</sup> Le libellé de l'article 57 est quelque peu différent. Le membre de phrase "sera/seront habilitée(s) à" est également employé dans les articles 31 g), 31 k) et 34:1 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>230</sup> Certaines obligations guident l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, comme le principe de proportionnalité et la nécessité de tenir compte des intérêts des tiers, dont il est question dans la troisième phrase de l'article 46.

7.238 Compte tenu de l'importance que peut avoir cette interprétation pour l'application d'une bonne partie de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial note que celle-ci est également confirmée par l'historique de la négociation de l'Accord.<sup>231</sup> Des versions antérieures de l'Accord sur les ADPIC disposaient que les autorités "prévoir[aient]" certaines mesures correctives, mais ce libellé a été modifié et remplacé par "seront habilitées à", tout comme celui d'un certain nombre d'autres projets de dispositions.<sup>232</sup> Par conséquent, l'obligation voulant que les autorités compétentes "[soient] habilitées" à rendre certaines ordonnances n'est pas une obligation voulant que les autorités compétentes exercent ce pouvoir d'une manière particulière, sauf indication contraire.

7.239 En outre, l'obligation voulant que les autorités ordonnent certains types de mesures correctives n'est pas une obligation voulant que ces mêmes autorités ordonnent *uniquement* ces mesures correctives. Les deux parties au différend et certaines tierces parties reconnaissent expressément que l'obligation voulant que les autorités compétentes "[soient] habilitées" à ordonner certains types de mesures correctives laisse aux Membres la possibilité d'habiliter leurs autorités compétentes à ordonner d'autres mesures correctives qui ne doivent pas nécessairement ressortir à la compétence desdites autorités aux termes de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>233</sup>

7.240 Le Groupe spécial en convient. Les termes de l'article 59 n'indiquent pas que l'habilitation à ordonner certains types de mesures correctives doit être exclusive. Cette interprétation est confirmée par l'article 46, qui fait partie du contexte de l'article 59, puisque l'article 59 incorpore les principes énoncés à l'article 46 et que les deux articles énoncent des obligations voulant que les autorités "[soient] habilitées" à ordonner certains types de mesures correctives. La première phrase de l'article 46 dispose, essentiellement, que les autorités seront habilitées à ordonner que les marchandises soient *écartées* des circuits commerciaux *ou* détruites. Dans le même temps, la quatrième phrase de l'article 46 traite de l'introduction *dans* les circuits commerciaux, ce qui ne correspond à ni l'une ni l'autre des mesures correctives prescrites par la première phrase. Il s'agit d'une reconnaissance explicite que les mesures correctives prévues par la première phrase de l'article 46 ne sont pas exhaustives. Il en va de même de l'article 59.

7.241 Étant donné l'importance que peut avoir cette interprétation pour l'application de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial note que celle-ci est confirmée par les circonstances dans lesquelles l'Accord a été conclu.<sup>234</sup> L'une des plus importantes de ces circonstances était le fait que les accords internationaux qui existaient déjà dans le domaine de la propriété intellectuelle renfermaient relativement peu de normes minimales concernant les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, mis à part le traitement national et certaines dispositions

---

<sup>231</sup> Le Groupe spécial a recours à ce moyen complémentaire d'interprétation, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne") afin de confirmer le sens résultant de l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31.

<sup>232</sup> Voir, par exemple, le projet de texte composite du 12 juillet 1990 (document MTN.GNG/NG11/W/76).

<sup>233</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 163; réponse des États-Unis à la question n° 37; première communication écrite de la Chine, paragraphe 213; réponse de la Chine à la question n° 37; communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 51; communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphe 18.

<sup>234</sup> Le Groupe spécial a recours à ce moyen complémentaire d'interprétation, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, afin de confirmer l'interprétation résultant de l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31. Le Groupe spécial rappelle l'avis exprimé par l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *CE – Matériels informatiques* (au paragraphe 86), qu'il a cité dans son rapport sur l'affaire *CE – Morceaux de poulet* (au paragraphe 284), dans lequel il se réfère à l'ouvrage de I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>ème</sup> édition (Manchester University Press, 1984) (page 141), pour qui le recours aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu "permet, dans les cas appropriés, d'examiner l'environnement historique dans lequel le traité a été négocié".

facultatives.<sup>235</sup> L'une des principales raisons de conclure l'Accord sur les ADPIC était le désir d'établir un ensemble minimal de procédures et de mesures correctives dont disposeraient les autorités judiciaires, les autorités douanières et les autres autorités compétentes. Cela représentait une avancée majeure dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, comme il en ressort du deuxième considérant du Préambule de l'Accord, qui se lit ainsi:

"*Reconnaissant*, à cette fin, la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant:

c) l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques nationaux".<sup>236</sup>

7.242 Dans le même temps, il semble que les négociateurs aient estimé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer ni dans l'article 46, ni dans l'article 59, que les autorités ne pouvaient pas introduire dans les circuits commerciaux des marchandises dont il avait été constaté qu'elles portaient atteinte à un droit. Cela peut s'expliquer, entre autres choses, par le fait que pareille action pourrait constituer en elle-même une infraction ou engager à un autre titre la responsabilité des autorités. Pareille action ne constituerait pas une infraction si la disposition était opérée dans des circonstances non commerciales ou que l'état des marchandises était altéré de façon qu'elles ne portent plus atteinte à un droit. Les négociateurs ont abordé ces deux questions: dans la première phrase de l'article 46, en prévoyant que les marchandises seraient écartées des circuits commerciaux (et détruites) et, dans la quatrième phrase, s'agissant des marchandises de marque contrefaites, en établissant un degré minimal d'altération de l'état des marchandises avant qu'elles ne soient introduites dans les circuits commerciaux.

7.243 Les Communautés européennes ont soutenu que le pouvoir d'ordonner des mesures correctives, y compris celles qui ne sont pas prescrites par l'article 59, est soumis à l'exigence prépondérante voulant qu'il soit exercé "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit".<sup>237</sup> La Chine a parlé de la mesure dans laquelle la vente aux enchères, même si elle ne satisfaisait pas à l'exigence voulant que les marchandises soient écartées des circuits commerciaux, pouvait néanmoins éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.<sup>238</sup> Les États-Unis ont également abordé cette question.<sup>239</sup>

7.244 De l'avis du Groupe spécial, l'interprétation voulant que le membre de phrase "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit" s'applique au pouvoir d'ordonner des mesures correctives repose sur une lecture sélective de l'article 46. L'exigence voulant que le pouvoir

---

<sup>235</sup> Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, a fait observer ce qui suit:

"L'inclusion dans l'Accord sur les ADPIC de cette partie concernant les moyens de faire respecter les droits a constitué l'un des plus importants résultats des négociations du Cycle d'Uruguay car elle élargissait la portée ... des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Avant l'Accord sur les ADPIC, les dispositions relatives aux moyens de faire respecter les droits se limitaient à des obligations générales imposant de prévoir des mesures correctives juridiques et la saisie de marchandises portant atteinte à un droit." (paragraphe 8.97)

<sup>236</sup> Ce libellé a été convenu lors de la Réunion d'examen à mi-parcours du Cycle d'Uruguay, qui s'est tenue en avril 1989, avant que ne débute la rédaction de l'Accord sur les ADPIC; voir le document MTN.TNC/11, page 14.

<sup>237</sup> Réponse des Communautés européennes à la question n° 16 posée aux tierces parties.

<sup>238</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 214.

<sup>239</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 189; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 161; réponse des États-Unis à la question n° 83.

d'ordonner une mesure corrective soit exercé "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit" est liée dans le texte à l'article 46 à une seule mesure corrective, à savoir la mise hors circuits commerciaux.<sup>240</sup> Cela n'exclut pas la possibilité que d'autres actions, notamment l'introduction dans les circuits commerciaux, puissent être soumises à des exigences, à condition que ces exigences soient énoncées dans les termes de l'article 46 ou de l'article 59.

7.245 Les parties ne s'entendent pas sur les circonstances dans lesquelles il peut être considéré que les autorités compétentes sont "habilitées", conformément à l'article 59, en particulier sur la mesure dans laquelle cette habilitation peut être soumise à des conditions. La Chine cite en exemple les législations d'autres Membres qui, selon elle, assujettissent le pouvoir des douanes à des conditions.<sup>241</sup>

7.246 Le Groupe spécial observe que les alternatives dont il est fait mention dans l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC supposent un type particulier de condition. L'article 59 requiert l'habilitation à ordonner "la destruction *ou* la mise hors circuit". (pas d'italique dans l'original) Il n'est pas contesté que dans les cas où les autorités compétentes sont habilitées dans une situation donnée envisagée par l'article 59 à ordonner *soit* la destruction, *soit* la mise hors circuit (conformément aux principes applicables), cela suffit à mettre en œuvre l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 59.<sup>242</sup> Par conséquent, une condition qui interdit aux autorités d'ordonner une mesure corrective (la destruction, par exemple) pourrait être compatible avec l'article 59 pour autant que les autorités compétentes soient toujours habilitées à ordonner l'autre mesure corrective (à savoir la mise hors circuit, pour reprendre le même exemple).

7.247 Le Groupe spécial observe également qu'un point commun entre les sections 2, 3 et 4 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC est que l'engagement de procédures au titre de ces sections incombe généralement au détenteur du droit privé. Cela ressort de la première phrase de l'article 42 et de la première phrase de l'article 51, de l'emploi du mot "requérant" dans l'article 50:3 et 50:5, de l'emploi du mot "demande(s)" dans les articles 46 et 48:1, ainsi que de la faculté (et non pas de l'obligation) de mener une action d'office au titre de l'article 58. Vu dans ce contexte, le membre de phrase "seront habilitées" n'oblige pas les Membres à engager une action à défaut de demande ou de requête en ce sens. Par conséquent, la condition voulant que l'habilitation ne puisse être exercée que si une demande ou une requête est présentée en ce sens semble être tenue pour acquise dans une bonne partie des sections 2, 3 et 4 de la Partie III. Cela cadre avec la nature des droits de propriété intellectuelle, qui sont des droits privés, comme il est admis dans le quatrième considérant du Préambule de l'Accord sur les ADPIC. Les procédures d'acquisition de droits matériels et les procédures civiles destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent généralement être introduites par le détenteur du droit, et non être menées d'office.

7.248 Les observations qui précèdent n'impliquent pas que l'habilitation requise ne peut pas être assortie d'autres types de conditions qui ne trouvent *pas* pareil écho dans le texte. Toutefois, le Groupe spécial estime qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'examen de la présente allégation, de se pencher sur les autres conditions, si tant est qu'il y en ait, dont pourrait être assortie l'habilitation, conformément à l'article 59. Par conséquent, mis à part les deux conditions mentionnées plus haut, le Groupe spécial admettra pour les besoins de l'argumentation que l'existence de l'"habilitation" requise par l'article 59 ne peut être soumise à des conditions – quelle que soit la situation – dans le cadre temporel de cet article, comme il est expliqué plus haut au paragraphe 7.234.

---

<sup>240</sup> Les Communautés européennes ont semblé admettre cela dans un premier temps, dans leur communication écrite en tant que tierce partie, au paragraphe 17.

<sup>241</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 198 à 200, dans lesquels il est fait référence aux pièces CHN-102 et CHN-106 à CHN-112.

<sup>242</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 41; la Chine soutient en réalité que la norme minimale permet des conditions raisonnables, ainsi que le séquençage ou la structuration de l'habilitation "d'une manière conditionnelle et circonstanciée"; voir la première communication écrite de la Chine, paragraphes 196 et 202.

7.249 L'"habilitation" requise par l'article 59 a trait à deux types de mesures correctives, à savoir "la destruction ou la mise hors circuit". Le sens du mot "destruction" ne prête pas à controverse. Quant à la "mise hors circuit" (disposal), le Groupe spécial note que ce mot n'est pas qualifié dans la version anglaise de l'article 59, de sorte qu'il pourrait, selon son sens ordinaire, désigner à la fois la mise hors circuits commerciaux et l'introduction dans les circuits commerciaux.<sup>243</sup> Toutefois, lu dans son contexte, le mot "disposal" (mise hors circuit) pourrait renvoyer à l'ordonnance voulant que les marchandises soient "écartées" des circuits commerciaux, tel qu'il est indiqué dans l'article 46. Cette ambiguïté est levée en se référant aux versions française et espagnole, qui font également foi.<sup>244</sup> Il est question dans la version française de l'article 59 de l'habilitation à ordonner "la mise hors circuit", laquelle désigne l'habilitation à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient "écartées des circuits commerciaux", dont il est question dans l'article 46. Dans la version espagnole de l'article 59, il est question de l'habilitation à ordonner l'"eliminación", laquelle, lue dans son contexte en tant qu'alternative à la "destrucción", désigne manifestement l'habilitation à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient "apartadas de los circuitos comerciales", comme il est dit dans l'article 46. Par conséquent, l'interprétation correcte du terme "disposal" (mise hors circuit) figurant dans la première phrase de l'article 59 est mise "hors circuits commerciaux".

7.250 Par souci de commodité, le Groupe spécial désignera collectivement la "destruction" et la "mise hors circuit" par l'expression "moyens de disposition". Il n'est pas contesté que les mesures douanières de la Chine confèrent le pouvoir d'ordonner la *destruction* des marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46. Toutefois, les États-Unis s'insurgent contre les "conditions extrêmement restrictives" dans lesquelles, selon eux, les mesures douanières autorisent la destruction.<sup>245</sup> La Chine ne nie pas que le pouvoir d'ordonner la destruction est, en principe, soumis à certaines limitations, mais elle fait valoir que les douanes chinoises jouissent d'une marge d'appréciation considérable lorsqu'elles décident si ces limitations sont d'application. Dans la pratique, les statistiques révèlent que plus de la moitié des marchandises contrefaites saisies par les douanes, en termes de valeur, sont détruites dans les faits.<sup>246</sup>

7.251 Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut au paragraphe 7.246 que la Chine peut limiter le pouvoir d'ordonner la destruction de marchandises portant atteinte à un droit, à condition que les autorités compétentes aient le pouvoir, en pareilles situations, d'ordonner la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46. Les limitations apportées à l'exercice par les douanes du pouvoir d'ordonner la destruction de marchandises portant atteinte à un droit ne sont pertinentes en ce qui concerne l'allégation que dans la mesure où elles montrent que les douanes n'ont le pouvoir d'ordonner *ni* la destruction de marchandises portant atteinte à un droit, *ni* leur mise hors circuit conformément à ces principes.

7.252 C'est dans ce contexte que les États-Unis affirment que les mesures établissent une série d'étapes *obligatoires*, puisque les autorités ne disposeront de ni l'une ni l'autre des formes de pouvoir requises dans une situation donnée si les mesures en cause les obligent à ordonner le recours à un

---

<sup>243</sup> Le sens ordinaire de "disposal" (mise hors circuit) peut être défini ainsi: "the action of disposing of or getting rid of; the action of settling or dealing with" (action de disposer ou de se débarrasser de; action de régler ou de transiger avec). Quant au mot "dispose", il peut être défini ainsi: "get rid of; deal conclusively with, settle" (se débarrasser de; mener à bien une transaction, régler); voir le *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993). Cela comprendrait la remise à un importateur ou à des tiers, moyennant finance ou non.

<sup>244</sup> Voir la clause finale de l'Accord sur l'OMC. Conformément à l'article 33(3) de la Convention de Vienne, les termes de l'Accord sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.

<sup>245</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 59; réponse des États-Unis à la question n° 81.

<sup>246</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 154. Voir plus loin les statistiques qui figurent au paragraphe 7.349.

autre moyen de disposition qui n'est *pas* requis par l'article 59.<sup>247</sup> Cela met en avant ce qu'il est convenu d'appeler la "distinction impératif/facultatif" qui a été examinée dans un certain nombre de rapports de groupes spéciaux du GATT et de l'OMC se rapportant au commerce des marchandises.<sup>248</sup> Bien que le pouvoir d'ordonner un moyen de disposition qui n'est *pas* requis par l'article 59 ne conduise pas en lui-même à des actions qui sont incompatibles avec les règles de l'OMC, dans la mesure où ce pouvoir prescrit un moyen de disposition dans une situation donnée, il peut faire obstacle au pouvoir qui *est* requis par l'article 59. L'impossibilité d'exercer ce pouvoir peut être incompatible avec les règles de l'OMC. Pour cette raison, le Groupe spécial examinera si certains aspects des mesures douanières sont impératifs.

7.253 Le Groupe spécial observe également que le pouvoir d'ordonner un moyen de disposition dans le cadre de l'article 59 sera souvent discrétionnaire, car l'obligation voulant que les autorités compétentes des Membres "[soient] habilitées" à rendre certaines ordonnances a trait à ce que ces autorités *peuvent* ordonner en vertu du droit interne. Par conséquent, l'obligation énoncée à l'article 59 vaut à la fois pour les mesures impératives et les mesures facultatives et, en principe, tant les mesures impératives que les mesures facultatives "en tant que telles" peuvent être examinées pour déterminer si elles sont conformes à cette obligation.<sup>249</sup>

7.254 Outre la destruction, les mesures douanières en cause prévoient trois moyens de disposition. Il s'agit du don à des organismes d'aide sociale, de la vente au détenteur du droit et de la vente aux enchères. Les États-Unis prétendent qu'*aucun* de ces moyens de disposition n'est conforme aux principes énoncés à l'article 46 et que tous font obstacle au pouvoir d'ordonner la destruction.<sup>250</sup> La Chine répond que les deux premiers de ces moyens de disposition constituent le pouvoir d'ordonner la mise hors circuit conformément aux principes énoncés à l'article 46, et que les États-Unis n'ont pas établi que les douanes chinoises n'avaient pas le pouvoir d'ordonner la destruction.<sup>251</sup> En conséquence, le Groupe spécial procédera de la manière suivante:

- a) Premièrement, le Groupe spécial déterminera quels sont "les principes énoncés à l'article 46";
- b) Deuxièmement, il évaluera le pouvoir des douanes chinoises d'ordonner le don à des organismes d'aide sociale et, si nécessaire, la vente au détenteur du droit, afin de déterminer s'ils constituent le pouvoir d'ordonner la mise hors circuit, conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46; et

---

<sup>247</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 161; réponses des États-Unis aux questions n° 39, 41, 80 et 83.

<sup>248</sup> Voir aussi plus loin le paragraphe 7.358.

<sup>249</sup> Le Groupe spécial fait observer que l'approche qu'il a retenue est compatible avec l'avis exprimé par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion* (au paragraphe 93), qui a dit que "comme avec n'importe quel outil analytique de ce type, l'importance de la "distinction impératif/facultatif" [pouvait] varier d'un cas à l'autre". Le Groupe spécial fait également observer que la possibilité que des obligations rendent illégales même des lois discrétionnaires a été expressément envisagée dans le rapport du Groupe spécial qui était chargé de l'affaire *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur* (au paragraphe 7.53) de la manière suivante:

"Après avoir interprété correctement l'obligation spécifique en cause, la question qui se pose est celle de savoir si la prohibition frappe uniquement les lois nationales impératives ou si elle frappe également les lois nationales discrétionnaires. Nous rejetons la thèse selon laquelle il n'y aurait qu'une seule règle inflexible applicable à l'ensemble de la législation nationale. Après tout, est-il si peu vraisemblable que les concepteurs de l'Accord sur l'OMC, dans leur sagesse, aient élaboré des obligations qui rendraient illégales jusqu'aux lois discrétionnaires et élaboré d'autres obligations prohibant uniquement les lois impératives?"

<sup>250</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 184, 189 et 191.

<sup>251</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 155, 156 et 171.

- c) Troisièmement, le Groupe spécial évaluera le pouvoir des douanes chinoises d'ordonner la vente aux enchères des marchandises portant atteinte à un droit (plus l'un ou l'autre des deux premiers moyens de disposition dont il aurait été constaté qu'il constitue une mise hors circuit non conforme aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46), afin de déterminer si ce pouvoir prescrit un moyen de disposition particulier et fait ainsi obstacle au pouvoir d'ordonner la destruction.

v) *"les principes énoncés à l'article 46"*

7.255 La première phrase de l'article 59 dispose que les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, "conformément aux principes énoncés à l'article 46". Le membre de phrase dans lequel il est fait mention des principes énoncés à l'article 46 se rapporte à "[l']habilit[ation] à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit". Cela amène l'interprète du traité à se pencher sur ces principes énoncés à l'article 46 qui se rapportent à cette habilitation.

7.256 Le Groupe spécial formule les observations suivantes. Premièrement, l'article 59 fait état de l'"habilit[ation]". Deuxièmement, l'article 59 incorpore les principes inhérents au pouvoir d'ordonner "la destruction ou la mise hors circuit[s]" (commerciaux, pour les raisons exposées plus haut au paragraphe 7.249). Troisièmement, l'article 59 a trait au pouvoir d'ordonner la destruction ou la mise hors circuit de "marchandises portant atteinte à un droit", mais non aux principes régissant la disposition des matériaux et instruments.

7.257 L'article 46 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui suit:

*"Autres mesures correctives"*

Afin de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, détruites. Elles seront aussi habilitées à ordonner que des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles atteintes. Lors de l'examen de telles demandes, il sera tenu 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. Pour 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."

7.258 Il est dit dans la première phrase de l'article 46 que les autorités "seront habilitées" à ordonner que "les marchandises portant atteinte à un droit" soient "écartées ... ou ... détruites". Par conséquent, elle semble se rapporter à l'article 59.

7.259 Dans la deuxième phrase de l'article 46, il est question de la mise hors circuit des matériaux et instruments; celle-ci n'est donc pas pertinente. En effet, les matériaux et instruments ayant servi à créer des marchandises contrefaites ne seraient pas normalement suspendus à la frontière avec les marchandises contrefaites, contrairement à ce qui pourrait se passer au cours d'actions engagées pour faire respecter les droits sur le territoire d'un Membre.

7.260 Il est question dans la troisième phrase de l'article 46 de "telles demandes", bien qu'il ne soit fait expressément état d'aucune demande dans les phrases précédentes. La teneur de la troisième phrase a trait manifestement aux matériaux et instruments dont il est question dans la deuxième phrase, mais elle pourrait également se rapporter aux marchandises portant atteinte à un droit dont il est question dans la première phrase. Le texte est ambigu sur ce point. Cette ambiguïté peut être levée en se référant à l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC.<sup>252</sup>

7.261 L'Accord sur les ADPIC a été négocié au cours du Cycle d'Uruguay dans le cadre du Groupe de négociation sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (dénommé ci-après le "Groupe de négociation de l'Accord sur les ADPIC"). Le projet de texte de l'Accord présenté par le Président le 23 juillet 1990 comprenait un projet d'article correspondant à la teneur de l'article 46 dans le texte dont il a finalement été convenu.<sup>253</sup> Dans ce projet d'article, le principe de la proportionnalité et les intérêts des tiers étaient liés à une demande faite par le détenteur du droit au titre de la phrase précédente. Cette demande pouvait avoir pour objet d'obtenir des mesures correctives en ce qui concerne des marchandises portant atteinte à un droit, y compris les matériaux et instruments. Dans un projet ultérieur<sup>254</sup>, la première phrase de la disposition relative aux voies de recours faisait l'objet de deux phrases distinctes, la première concernant les marchandises portant atteinte à un droit, et la seconde concernant les matériaux et instruments. Les deux phrases incluaient le membre de phrase "si le détenteur du droit en fait la demande". Dans le même projet, le membre de phrase "[l]ors de l'examen d'une telle demande" a été révisé pour se lire ainsi: "[l]ors de l'examen de telles demandes" (au pluriel). C'est cette version de la troisième phrase qui a été retenue dans ce qu'il est convenu d'appeler le "projet de Bruxelles"<sup>255</sup> ainsi que dans le texte final de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC.

7.262 Par conséquent, l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC indique bien que les termes figurant dans la troisième phrase de l'article 46 désignent, entre autres choses, l'examen des demandes d'ordonnances qui ont été présentées pour que les marchandises portant atteinte à un droit soient écartées des circuits commerciaux ou détruites. Par conséquent, la troisième phrase semble également se rapporter à l'article 59.

7.263 La quatrième phrase a trait à une catégorie de marchandises portant atteinte à un droit, à savoir les marchandises de marque contrefaites. Elle ne concerne pas expressément le pouvoir d'ordonner la destruction ou la mise hors circuits commerciaux. Toutefois, le contexte révèle que le

---

<sup>252</sup> Le Groupe spécial a recours à un moyen complémentaire d'interprétation, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, afin de déterminer le sens, lorsque l'interprétation donnée conformément à la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 laisse le sens ambigu.

<sup>253</sup> Ce projet d'article se lisait ainsi:

"10. Autres voies de recours

10.A Lorsqu'il sera constaté qu'il est porté atteinte à un droit de propriété intellectuelle, le tribunal sera habilité, si le détenteur du droit *en fait la demande*, d'ordonner que *les marchandises en cause, y compris les matériaux et instruments* ayant principalement servi à leur fabrication, soient, sans indemnisation, détruits ou retirés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum le préjudice causé au détenteur du droit. Lors de l'examen *d'une telle demande*, il sera tenu 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 tierces parties. [En ce qui concerne les marchandises de contrefaçon] [Si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles], il ne sera pas simplement ordonné de retirer la marque de fabrique ou de commerce [ou l'indication géographique] apposée de manière illicite." (pas d'italique dans l'original) Voir la partie IV du document MTN.GNG/NG11/W/76.

<sup>254</sup> Projet de texte révisé du Président daté du 13 novembre 1990, document n° 2814.

<sup>255</sup> Voir le projet d'article 49 figurant dans le document MTN.TNC/W/35/Rev.1, daté du 3 décembre 1990 et intitulé: "Projet d'acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round – Révision".

principe de proportionnalité énoncé dans la phrase précédente guide le choix que les autorités compétentes doivent opérer entre les mesures correctives dont il est fait mention dans la première phrase et d'autres mesures correctives. De même, la quatrième phrase de l'article 46 fait état d'un élément d'appréciation dont les autorités doivent tenir compte lorsqu'elles opèrent un choix entre les mesures correctives requises, à savoir celles qui sont indiquées dans la première phrase, et l'introduction dans les circuits commerciaux, si pareille ordonnance peut être rendue. La quatrième phrase est liée à l'étendue du pouvoir de choisir entre la destruction ou la mise hors circuits commerciaux et l'introduction dans les circuits commerciaux, s'il est possible de recourir à cette mesure corrective. Par conséquent, la quatrième phrase de l'article 46 semble se rapporter à l'article 59.

7.264 L'article 59 renvoie aux "principes" énoncés à l'article 46. Il est donc nécessaire de déterminer précisément ce à quoi il renvoie dans les première, troisième et quatrième phrases de l'article 46. Le mot "principe" peut être défini ainsi: "a general law or rule adopted or professed as a guide to action" (loi ou règle générale adoptée ou posée en règle d'action).<sup>256</sup> Chacune des phrases de l'article 46 renferme des termes qui énoncent une règle d'action pour les autorités et aucune ne dicte les termes précis d'ordonnances dans des cas particuliers.

7.265 Le Groupe spécial ne considère pas que le choix du mot "principes" était censé établir une hiérarchie entre les dispositions de l'article 46, laquelle n'inclurait que les concepts les plus généraux en excluant les moins généraux. Il existe une forte similitude entre les termes et les buts des deux dispositions qui prévoient toutes deux le pouvoir d'ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises dont il a été constaté qu'elles portaient atteinte à un droit de propriété intellectuelle à l'issue d'une procédure destinée à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Toutefois, il y a aussi des différences en ce qui concerne les organismes publics visés ("autorités compétentes" chargées d'ordonner des mesures correctives à la frontière au titre de l'article 59, mais "autorités judiciaires" au titre de l'article 46) et également en ce qui concerne la gamme des biens auxquels s'appliquent les mesures correctives ("marchandises portant atteinte à un droit", au titre de l'article 59, et "marchandises portant atteinte à un droit ainsi que matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause", au titre de l'article 46). Ces différences font qu'il est inopportun de se borner à dire que l'obligation énoncée à l'article 59 s'applique "conformément à l'article 46" ou, par ailleurs, qu'elle incorpore l'ensemble de l'article 46. En revanche, le renvoi aux "principes" a évité de répéter une partie de texte relativement longue.<sup>257</sup> Par conséquent, de l'avis du Groupe spécial, le renvoi aux "principes" est un renvoi aux termes qui énoncent une règle d'action pour les autorités en ce qui concerne les ordonnances de destruction ou de mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit.

7.266 En conséquence, aux fins de l'article 59, le Groupe spécial estime que la première phrase de l'article 46 énonce les "principes" suivants:

- a) les autorités seront habilitées à ordonner la mise hors circuit ou la destruction conformément à la première phrase, "sans dédommagement d'aucune sorte"; et

---

<sup>256</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

<sup>257</sup> Le Groupe spécial note que le renvoi figurant dans un projet d'article sur les voies de recours dans la section 4 aux "principes" énoncés dans un projet d'article sur les voies de recours dans la section 2 a été inclus dans le premier projet complet d'Accord sur les ADPIC, à savoir le projet de texte composite du 12 juin 1990, et qu'on peut le faire remonter entre autres au projet de texte des CE de mai 1989 (MTN.GNG/NG11/W/68). On peut voir la quantité de répétitions dans les deux dispositions que le renvoi a permis d'éviter en se reportant à la proposition antérieure des CE (MTN.GNG/NG11/W/31); voir plus bas la note de bas de page 261.

- b) les autorités seront habilitées à ordonner que les marchandises soient écartées "des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit"<sup>258</sup>;
- c) les autorités seront habilitées à ordonner que les marchandises soient détruites, "à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes".

7.267 La troisième phrase énonce le principe suivant, qui s'applique entre autres choses au pouvoir d'ordonner la mise hors circuit ou la destruction des marchandises portant atteinte à un droit, au titre de la première phrase:

- d) lors de l'examen de telles demandes, "il sera tenu 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".

7.268 La quatrième phrase énonce le principe suivant, qui est lié au pouvoir d'ordonner la destruction ou la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit, au titre de la première phrase:

- e) pour ce qui concerne les marchandises de marques 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.<sup>259</sup>

7.269 L'objectif commun énoncé au début de l'article 46, à savoir "créer un moyen de dissuasion efficace entre les atteintes aux droits", qui constitue aussi en lui-même une règle d'action en ce qui concerne les ordonnances de destruction ou de mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit et, partant, un principe énoncé à l'article 46, éclaire l'interprétation de tous ces principes.

7.270 De l'avis du Groupe spécial, les principes susmentionnés sont les "principes énoncés à l'article 46" qui sont incorporés par la première phrase de l'article 59.

7.271 La Chine n'est pas de cet avis, faisant valoir, en effet, que la deuxième phrase de l'article 59 constitue une *lex specialis* qui exclut l'incorporation de la quatrième phrase de l'article 46 dans l'article 59.<sup>260</sup>

7.272 Le Groupe spécial observe certaines similitudes entre les textes respectifs de la quatrième phrase de l'article 46 et la deuxième phrase de l'article 59. La deuxième phrase de l'article 59 dispose ce qui suit:

"Pour ce qui est des marchandises de marques contrefaites, les autorités ne permettront pas la réexportation en l'état des marchandises en cause, ni ne les assujettiront à un autre régime douanier, sauf dans des circonstances exceptionnelles."

7.273 Comme la quatrième phrase de l'article 46, cette phrase commence par les mots "[i]n regard to counterfeit trademark goods" ([p]our ce qui est des marchandises de marques contrefaites) et inclut les mots "sauf" dans des circonstances (par opposition à "cases" dans la version anglaise) "exceptionnelles". Il existe aussi une similitude en ce sens que la deuxième phrase de l'article 59 s'applique aux marchandises "en l'état", tandis que la quatrième phrase de l'article 46 concerne "le

---

<sup>258</sup> Ce principe est interprété plus loin aux paragraphes 7.278 à 7.285.

<sup>259</sup> Ce principe est interprété plus loin aux paragraphes 7.369 à 7.379.

<sup>260</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 222.

simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite", ce qui est un moyen d'altérer l'état des marchandises de marque contrefaites. Les deux phrases se trouvent dans des articles qui prévoient des mesures correctives à l'issue de procédures particulières destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

7.274 Toutefois, l'article 59 s'applique aux procédures à la frontière qui concernent des marchandises destinées à l'importation, tandis que l'article 46 s'applique aux procédures judiciaires civiles sur les territoires des Membres. La deuxième phrase de l'article 59 parle de réexportation ou d'assujettissement à un autre régime douanier (le transit douanier, par exemple), qui est propre à la procédure destinée à faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui relève de la section 4. L'article 46 traite de l'introduction dans les circuits commerciaux, ce qui peut s'appliquer à l'importation et à la vente sur le marché intérieur, à la fois au titre de la section 2 et de la section 4. La deuxième phrase de l'article 59 et la quatrième phrase de l'article 46 s'appliquent dans des circonstances différentes et ni l'une ni l'autre n'est en fait plus spécifique que l'autre.

7.275 Il n'y a aucune raison d'inférer que l'intention était de se préoccuper du risque de nouvelles atteintes présenté par les marchandises de marque contrefaites uniquement lorsque celles-ci étaient réexportées ou assujetties à un autre régime douanier, et non pas lorsque celles-ci étaient introduites à la frontière dans les circuits commerciaux.<sup>261</sup> Les marchandises de marque contrefaites dont la mise en circulation est suspendue à la frontière et qui sont ensuite mises en libre circulation peuvent être à l'origine de nouvelles atteintes, qu'elles soient introduites dans les circuits commerciaux *sur* le territoire du Membre, en transit sur le territoire du Membre ou réexportées à destination du territoire d'un autre Membre, comme le prévoit la deuxième phrase de l'article 59.

7.276 D'ailleurs, interprétée dans son contexte, la pertinence de l'"introduction" ("release" dans la version anglaise) des marchandises dans les circuits commerciaux est même plus claire dans l'article 59 qu'elle ne l'est dans l'article 46. La section 4 traite de la suspension de la "mise en circulation" ("release" dans la version anglaise) des marchandises destinées aux importateurs; cette expression est employée dans les articles 51, 53:2, 54, 55, 56 et 58. En revanche, l'article 46 fait partie de la section 2, qui traite des procédures et mesures correctives civiles et administratives, de sorte que le sens restreint de "mise en libre circulation" aux mains d'un importateur ne peut être d'application. Interprété dans son contexte, un sens plus large, équivalent à remise à un tiers dans les circuits commerciaux, doit s'appliquer lorsque ce mot est employé en parlant des mesures correctives.

7.277 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial confirme la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.270 quant à l'interprétation "des principes énoncés à l'article 46", tels qu'ils sont incorporés par l'article 59.

---

<sup>261</sup> L'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC montre qu'un libellé semblable à celui de la quatrième phrase de l'article 46 et de la deuxième phrase de l'article 59, ainsi qu'un renvoi aux principes énoncés dans un autre article, faisaient partie du premier projet complet d'Accord sur les ADPIC, à savoir le projet de texte composite du 12 juin 1990. Ce libellé du projet de texte était repris de projets de textes présentés par les CE, les États-Unis et la Suisse (MTN.GNG/NG11/W/68, W/70 et W/73). Pour mémoire, on peut constater que dans leur proposition antérieure, les CE avaient répété le libellé des deux dispositions sans incorporer de renvoi. Dans cette proposition, ce qui est devenu la quatrième phrase de l'article 46 figurait dans ce qui est devenu l'article 59, sans qu'il n'y ait de renvoi ni de deuxième phrase (MTN.GNG/NG11/W/31). Sans en admettre la pertinence aux fins de l'interprétation de l'article 59, le Groupe spécial note que l'historique de la négociation auquel la Chine elle-même s'est référée montre qu'un autre participant aux négociations avait envisagé que la disposition relative aux mesures correctives à la frontière pourrait s'appliquer à l'importation et à la réexpédition dans des "cas exceptionnels" (cité par la Chine dans la communication qu'elle a présentée à titre de réfutation, paragraphe 211).

vi) *"écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit"*

7.278 Les parties ne s'entendent pas sur la signification du principe énoncé dans la première phrase de l'article 46, selon lequel les marchandises seront "écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". Les États-Unis ont fait part de leurs préoccupations au sujet du préjudice que des dons pourraient causer aux détenteurs des droits et de la possibilité que les marchandises données soient ensuite vendues par les organismes d'aide sociale.

7.279 Le Groupe spécial note que ce principe, de par son libellé, a trait à la mise "hors" circuits commerciaux des marchandises, et non à leur introduction dans les circuits commerciaux. Il n'est pas contesté que ce principe s'applique aux dons (c'est-à-dire aux cadeaux) à des organismes d'aide sociale, que ce soit pour leur propre usage ou pour distribution à des œuvres de bienfaisance. Toutefois, si les organismes d'aide sociale *vendent* ultérieurement les marchandises qui leur ont été données par les douanes pour en distribuer le produit à des œuvres de bienfaisance, ou même pour lever des fonds à des fins caritatives, les marchandises ne sont pas en fait écartées des circuits commerciaux, mais introduites *dans* les circuits commerciaux. Si les organismes d'aide sociale distribuent à des fins caritatives des marchandises qui leur ont été données par les douanes, mais que celles-ci se retrouvent ultérieurement dans les circuits commerciaux, cela ne change pas le fait qu'elles ont été écartées des circuits commerciaux, au sens ordinaire du mot "écartées".<sup>262</sup> En revanche, la vente ultérieure des marchandises qui ont été distribuées est pertinente pour ce qui est de l'évaluation de la question de savoir si la mise à l'écart des circuits commerciaux a été effectuée "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". En conséquence, le Groupe spécial examinera plus en détail l'interprétation de cette partie du principe.

7.280 Ce principe, de par son libellé, prévoit que les autorités seront habilitées à ordonner que les marchandises "soient écartées", à la voix passive. Les autorités compétentes ne sont pas tenues de procéder elles-mêmes à la mise à l'écart, mais elles peuvent confier à un autre organisme la mise à l'écart proprement dite. Lorsqu'il s'agit de procéder à la mise "à l'écart des circuits commerciaux", la possibilité que d'autres organismes, tels les organismes de charité, aient un rôle à jouer, est admise, tout comme l'utilisation à des fins non commerciales par les pouvoirs publics. Ce principe est lié à la "manière" dont les marchandises portant atteinte à un droit sont écartées, et non pas à la mise à l'écart proprement dite. Les autorités ne sont pas tenues responsables des actes des organismes qui procèdent à la mise à l'écart lorsque ceux-ci vont au-delà de la manière autorisée. En outre, selon ce principe, la manière consiste à "faire en sorte" d'éviter de causer un préjudice. Ce principe est libellé sous forme d'obligations de moyen, et non pas comme une obligation de résultat. Il incombe aux autorités de faire en sorte que la manière dont les marchandises sont écartées des circuits commerciaux soit conçue de façon à être conforme à ce principe.

7.281 Le principe veut que la manière de procéder à la mise à l'écart "évite[]" de causer un préjudice. La Chine fait valoir qu'il s'agit d'une obligation consistant à "dûment tenir compte de".<sup>263</sup> Néanmoins, le Groupe spécial fait remarquer que le sens ordinaire d'"éviter" peut être défini ainsi: "keep off, prevent; obviate" (tenir à distance, empêcher; prévenir).<sup>264</sup> En outre, le principe veut que la manière consiste à éviter de causer "un" ("any", dans la version anglaise) préjudice, et non pas de porter "préjudice" ou de causer "un certain" préjudice.<sup>265</sup> Par conséquent, la manière de procéder à la mise à l'écart doit être conçue de façon à empêcher que le détenteur du droit ne subisse un préjudice.

---

<sup>262</sup> Voir plus haut la note de bas de page 243.

<sup>263</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 186.

<sup>264</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

<sup>265</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 133.

7.282 Il faut rappeler que, dans le contexte, la mise à l'écart des circuits commerciaux des marchandises portant atteinte à un droit constitue une alternative à leur destruction. De l'avis du Groupe spécial, cela implique que tout risque de préjudice inhérent au simple fait que les marchandises n'ont pas été complètement détruites est insuffisant pour récuser un moyen de disposition, car cela rendrait caduc le choix entre la mise à l'écart et la destruction. Néanmoins, des préoccupations plus spécifiques liées au préjudice causé au détenteur du droit par un moyen de disposition particulier sont pertinentes lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité avec le principe voulant que la mise à l'écart des circuits commerciaux soit effectuée "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit".

7.283 L'article 46 donne confirmation de cette interprétation. La quatrième phrase de l'article 46 dispose expressément que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas suffisant pour permettre l'introduction des marchandises de marque contrefaites *dans* les circuits commerciaux, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles. En revanche, la première phrase de l'article 46 renferme une exigence d'ordre plus général voulant que l'habilitation requise pour ordonner que les marchandises soient écartées des circuits commerciaux soit donnée "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". Si cela dénote en partie le fait que la première phrase ne s'applique pas uniquement aux marchandises de marque contrefaites, cela démontre aussi que lorsque les marchandises sont *écartées* des circuits commerciaux, il n'est pas tenu pour établi que le retrait de la marque de fabrique ou de commerce est requis (ou insuffisant).

7.284 Il est toujours possible que la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite soit une source de confusion, eu égard aux circonstances dans lesquelles les marchandises sont écartées des circuits commerciaux. Des exigences concrètes, telles que le retrait de la marque de commerce ou de fabrique, l'apposition du logo d'un organisme de charité ou des mesures de contrôle concernant l'utilisation des marchandises ou les méthodes de distribution, peuvent éviter la confusion. La collaboration du détenteur du droit serait appréciable à cet égard, mais celle-ci n'est pas exigée aux termes de l'article.<sup>266</sup> Toutefois, la question du préjudice qui serait causé au détenteur du droit, qu'il s'agisse de l'atteinte à sa réputation ou de ventes perdues, parce que les marchandises auraient été écartées des circuits commerciaux sans que la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite n'ait été retirée, dépend des circonstances. S'il n'en était pas ainsi, tous les cas de mise à l'écart des circuits commerciaux dans lesquels des personnes pourraient simplement observer une marque contrefaite seraient présumés causer un préjudice au détenteur du droit. Ce résultat n'est pas envisagé aux termes de l'article 46, car la possibilité d'observer la marque contrefaite résulte du pouvoir requis de ne pas procéder à la destruction des marchandises.

7.285 Ces observations sont présentées sous réserve des constatations qui ont été formulées plus haut par le Groupe spécial aux paragraphes 7.239 et 7.240, selon lesquelles l'obligation voulant que les autorités compétentes "[soient] habilitées" à ordonner certains types de mesures correctives laisse aux Membres la possibilité d'habiliter leurs autorités compétentes à ordonner d'*autres* mesures correctives qui ne sont pas requises par l'article 59. Les mesures correctives dont il est fait état dans l'article 59 ne sont pas exhaustives.

vii) *Don à des organismes d'aide sociale*

7.286 Le Groupe spécial évaluera maintenant le pouvoir qu'ont les douanes d'ordonner que les marchandises soient données à des organismes d'aide sociale afin de déterminer si celui-ci constitue

---

<sup>266</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 185, et réponse des États-Unis à la question n° 72, dans lesquelles ceux-ci ont fait valoir que le don à des organismes de charité avec le consentement du détenteur du droit était un moyen de disposition qui évitait de causer un préjudice au détenteur du droit.

l'habilitation à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient mises à l'écart, conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, et en particulier de déterminer s'il représente une mise "[à l']écart[]" des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit".

7.287 Les États-Unis ne s'opposent pas en tant que tel à ce que des marchandises soient données à des organismes de charité.<sup>267</sup> Ils admettent que le don avec le consentement du détenteur du droit peut être conforme aux principes énoncés à l'article 46. Les États-Unis allèguent que les mesures n'accordent aux autorités douanières aucune marge discrétionnaire qui leur permettrait de déterminer que la cession à un organisme d'aide sociale n'est pas appropriée dans des circonstances où le détenteur du droit subirait un préjudice.<sup>268</sup>

- Marchandises défectueuses

7.288 Les États-Unis font valoir que le don de "marchandises contrefaites de mauvaise qualité", lorsqu'elles ne fonctionnent pas correctement et, en particulier, si elles sont défectueuses ou dangereuses, nuira à la réputation du détenteur du droit ou exposera même celui-ci à des demandes de dédommagement.<sup>269</sup>

7.289 Le Groupe spécial note que l'argument des États-Unis repose sur la structure juridique des mesures, qui permettrait que des marchandises défectueuses soient données.<sup>270</sup> Les États-Unis ne prétendent pas que des marchandises dangereuses, défectueuses ou de qualité inférieure ont effectivement été données par les douanes chinoises à des organismes d'aide sociale. En fait, mis à part le texte des mesures en cause, les États-Unis ne mettent en avant qu'un article d'un journal des États-Unis intitulé "*China's New Concern: Exploding Phones*", qui relatait une affaire sans rapport avec la présente affaire, laquelle concernait des batteries de téléphone portable qui avaient échoué aux essais de sécurité effectués en Chine et qui auraient eu tendance à exploser dans certaines conditions.<sup>271</sup> L'auteur de l'article rapportait les propos des détenteurs des droits, selon lesquels les batteries étaient contrefaites. Aucun lien n'est établi dans l'article avec les douanes ni avec les organismes d'aide sociale. Cette histoire inquiétante n'a donc rien à voir avec l'évaluation de l'allégation car elle n'ajoute rien à l'idée générale selon laquelle des marchandises peuvent être dangereuses.

7.290 La Chine répond que les douanes ne donneraient jamais de marchandises dangereuses ou défectueuses.<sup>272</sup> L'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes fixe une condition en ce qui concerne les dons, en ce sens qu'il dispose qu'un don sera effectué "[l]orsque les marchandises confisquées qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle peuvent être utilisées à des fins d'aide sociale". L'article 30 des Mesures de mise en œuvre réitère cette condition, en disposant qu'un don sera effectué "[l]orsque les marchandises concernées peuvent être utilisées directement à des fins d'aide sociale".

7.291 Le Groupe spécial ne voit pas comment des marchandises dangereuses ou défectueuses pourraient satisfaire à cette condition. Rien d'autre dans les éléments de preuve ne donne à penser que les douanes donneraient à des organismes de charité des marchandises dangereuses ou défectueuses. Par conséquent, le Groupe spécial constate qu'il n'a pas été démontré que les douanes n'étaient pas

---

<sup>267</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 72.

<sup>268</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 187.

<sup>269</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

<sup>270</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 50.

<sup>271</sup> Pièce US-45.

<sup>272</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 162 et 163; réponse de la Chine à la question n° 32.

habilitées à donner des marchandises à des organismes d'aide sociale de manière à éviter que des marchandises dangereuses ou défectueuses causent un préjudice au détenteur du droit.

7.292 La Chine s'est également référée à l'article 6 de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale, qui dispose ce qui suit:

"Les dons sont faits conformément à la législation et à la réglementation; ils ne doivent pas être contraires à la moralité publique ni aller à l'encontre de l'intérêt général ou des droits et intérêts légitimes des autres citoyens."<sup>273</sup>

7.293 Le Groupe spécial note qu'il est question dans cette disposition, telle qu'elle est libellée, d'"aller à l'encontre de l'intérêt général", ce qui pourrait inclure la sécurité des personnes qui pourraient éventuellement recevoir des marchandises dangereuses ou défectueuses de la part d'organismes d'aide sociale lorsque ces marchandises remplissaient les conditions requises pour être données par les douanes à ces organismes d'aide sociale. Toutefois, il n'y a pas lieu pour le Groupe spécial d'émettre un avis définitif sur ce point puisqu'il a déjà constaté plus haut au paragraphe 7.291 que la Chine a suffisamment étayé son assertion en s'appuyant sur les dispositions des mesures en cause.

- Atteinte à la réputation

7.294 Les États-Unis font valoir que les éléments d'appréciation qui précèdent ne prennent pas en compte le cas de marchandises contrefaites ou de marchandises pirates qui sont utilisables tout en étant probablement de qualité inférieure. À leur avis, de telles marchandises pourraient facilement porter atteinte à la réputation du détenteur du droit. En effet, l'article 6 du Mémoire d'accord entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge (qui est examiné plus bas aux paragraphes 7.300 à 7.304) envisage expressément la possibilité que soient données des marchandises posant des "problèmes de qualité".<sup>274</sup>

7.295 Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut au paragraphe 7.282 que tout risque de préjudice inhérent au simple fait que les marchandises n'avaient pas été complètement détruites était insuffisant pour récuser un moyen de disposition, et que les éléments de preuve relatifs au préjudice effectivement causé au détenteur du droit par la manière de procéder pouvaient être pertinents lorsqu'il s'agissait de déterminer si cette manière de procéder était conforme au principe.

7.296 Dans des circonstances ordinaires, les consommateurs peuvent être induits en erreur quant à l'origine de marchandises contrefaites et de marchandises pirates, et les marchandises contrefaites posant des problèmes de qualité peuvent nuire à la réputation des détenteurs des droits. Le Groupe spécial a dûment pris note que rien dans les mesures en cause n'oblige les douanes ou les organismes d'aide sociale à retirer les marques de fabrique ou de commerce contrefaites. Bien que les éléments de preuve montrent que, dans un cas, la Croix-Rouge a apposé son sceau sur un lot de vêtements contrefaits qui avaient été donnés, apparemment pour empêcher que les marchandises ne soient vendues après avoir été distribuées<sup>275</sup>, on ne laisse pas entendre que cela a été fait conformément à une obligation ni que cela a quoi que ce soit à voir avec le "pouvoir" qu'ont les douanes d'ordonner la mise à l'écart des marchandises.

---

<sup>273</sup> Traduction mutuellement convenue n° 10, pour ce qui est de la version anglaise. La Loi sur les dons à des fins d'aide sociale, telle qu'elle est libellée, est une loi d'application générale (voir l'article 2); elle s'applique donc aux dons de marchandises contrefaites que les douanes font à des organismes d'aide sociale au titre des mesures en cause.

<sup>274</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 150.

<sup>275</sup> Pièce CHN-91.

7.297 Toutefois, les marchandises que les douanes donnent à la Croix-Rouge ne sont pas distribuées dans des circonstances ordinaires. La Croix-Rouge distribue elle-même les marchandises qui lui ont été données, en dehors des circuits commerciaux, y compris dans le cadre d'opérations de secours en cas de catastrophe, pour lesquelles il ne peut tout simplement pas être présumé que les bénéficiaires sont induits en erreur quant à l'origine des marchandises.<sup>276</sup> Les bénéficiaires ne choisissent pas les marchandises de la même manière que le feraient des consommateurs ordinaires, et il ne peut pas être présumé non plus que les bénéficiaires sont des consommateurs potentiels des marchandises authentiques. Les objectifs de la Croix-Rouge et les circonstances dans lesquelles elle peut utiliser des marchandises qui lui ont été données par les douanes font partie de la structure juridique qui a une incidence sur la "manière" dont les douanes mettent à l'écart les marchandises portant atteinte à un droit. Rien dans les éléments de preuve n'indique qu'une atteinte ait jamais été portée ou qu'une atteinte est susceptible d'être portée à la réputation des détenteurs de droits en raison du don de marchandises contrefaites au titre des mesures en cause. En fait, les éléments de preuve montrent que deux détenteurs de droits de renommée internationale ont effectivement participé à la distribution par la Croix-Rouge de marchandises qui portaient atteinte à leurs droits<sup>277</sup>, ce qui indique qu'ils ne pensaient pas que le don de marchandises contrefaites nuisait à leur réputation. Par conséquent, le Groupe spécial constate qu'il n'a pas été démontré que les douanes n'étaient pas habilitées à donner des marchandises à des organismes d'aide sociale de manière à éviter qu'un préjudice soit causé au détenteur du droit par des marchandises de qualité inférieure.

- Ventes ultérieures de marchandises données

7.298 Les États-Unis allèguent aussi que "rien ne semble empêcher les organismes d'aide sociale de vendre les marchandises contrefaites qu'ils reçoivent au titre du premier paragraphe, ce qui a pour effet de les réintroduire dans les circuits commerciaux".<sup>278</sup>

7.299 La Chine répond en se référant à l'article 30 des Mesures de mise en œuvre, dont le paragraphe final dispose expressément ce qui suit:

"Dans les cas où des organismes d'aide sociale compétents utilisent à des fins d'aide sociale les marchandises contrefaites confisquées par les douanes, ou que le détenteur du droit de propriété intellectuelle aide les douanes à détruire les marchandises contrefaites, *les douanes exercent la surveillance nécessaire.*"<sup>279</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.300 La Chine soutient que cette disposition impose aux douanes la responsabilité légale de faire en sorte que les marchandises données soient utilisées exclusivement à des fins d'aide sociale.<sup>280</sup> À titre d'exemple d'exercice par les douanes de leur responsabilité en matière de surveillance, la Chine présente le Mémorandum de coopération daté du 13 mai 2004 que l'Administration générale des douanes a conclu avec la Société chinoise de la Croix-Rouge et qui est intitulé "Mémorandum de coopération concernant l'utilisation à des fins d'aide sociale des marchandises contrefaites confisquées" (le "Mémorandum d'accord entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge").<sup>281</sup>

---

<sup>276</sup> Par exemple, les éléments de preuve montrent que les marchandises sont distribuées dans des emballages de la Croix-Rouge (pièce CHN-93).

<sup>277</sup> Pièce CHN-91.

<sup>278</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

<sup>279</sup> Traduction mutuellement convenue n° 7, pour ce qui est de la version anglaise. La Chine se réfère aussi à l'article 6 de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale, qui est cité plus haut au paragraphe 7.292.

<sup>280</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 165.

<sup>281</sup> Pièce CHN-92.

Ce mémorandum d'accord a été conclu et est entré en vigueur peu après l'adoption des Mesures de mise en œuvre, mais avant que celles-ci n'entrent en vigueur.<sup>282</sup>

7.301 Le Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge reprend le Règlement sur la protection des DPI par les douanes ainsi que d'autres lois et règlements administratifs applicables et il établit des procédures concernant l'utilisation à des fins d'aide sociale des marchandises contrefaites qui ont été confisquées.<sup>283</sup> Il s'agit, d'après son libellé, d'un accord juridiquement contraignant. L'article 4 définit les droits et obligations des douanes. Le paragraphe iv) dispose que les douanes doivent remettre les marchandises "à titre gratuit". Par conséquent, il s'agit de dons et non pas de ventes. Le paragraphe ii) oblige et habilite les douanes à faire ce qui suit:

"ii) savoir où se trouvent les marchandises et surveiller l'usage qui en est fait. Enjoindre la [Croix-Rouge] à remédier aux actions qui sont jugées contraires aux dispositions du présent mémorandum de coopération."

7.302 L'article 5 définit les droits et obligations de la Croix-Rouge et comprend le paragraphe suivant:

"iv) à la demande des [douanes], informer rapidement celles-ci de la distribution des marchandises et de l'usage qui en est fait."

7.303 L'article 7 précise de la manière suivante l'utilisation qui doit être faite des marchandises données à la Croix-Rouge:

"L'usage des marchandises que les [douanes] remettent à la [Croix-Rouge] sera restreint aux besoins essentiels de la personne qui reçoit des secours. La [Croix-Rouge] prend des mesures efficaces pour éviter que les marchandises ne soient utilisées à d'autres fins ou qu'elles ne soient introduites dans les circuits commerciaux par quelque moyen que ce soit."

7.304 Le Groupe spécial observe que ces termes, à première vue, a) obligent la Croix-Rouge à restreindre l'usage qui est fait des marchandises contrefaites et à prendre des mesures pour empêcher qu'elles ne soient vendues, et b) qu'ils obligent les douanes à surveiller l'usage qui en est fait et les habilite à enjoindre la Croix-Rouge à remédier à toute violation de la restriction relative à l'utilisation des marchandises ou à remédier à tout manquement à son devoir de prendre des mesures pour empêcher que les marchandises ne soient vendues. Ces mesures, telles qu'elles sont libellées, montrent que les douanes sont responsables de la manière dont les marchandises sont mises à l'écart et qu'elles prévoient que cette manière de procéder évite que les marchandises ne soient réintroduites dans les circuits commerciaux.

7.305 Les États-Unis prétendent que les mesures préventives que doit prendre la Croix-Rouge conformément au Mémorandum de coopération "ne démontrent pas en fait que, dans le cadre de la législation chinoise, les marchandises *ne peuvent pas* être réintroduites dans les circuits commerciaux".<sup>284</sup> (pas d'italique dans l'original) Toutefois, le Groupe spécial rappelle que,

---

<sup>282</sup> Le Comité permanent de l'Administration générale des douanes a adopté les Mesures de mise en œuvre le 22 avril 2004. Le Mémorandum de coopération a été conclu par l'Administration générale des douanes et la Société chinoise de la Croix-Rouge le 13 mai 2004 et il est entré en vigueur immédiatement (voir l'article 11). Les Mesures de mise en œuvre sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004.

<sup>283</sup> Il est question dans le texte du Mémorandum de coopération de la "Partie A" et de la "Partie B", lesquelles désignent respectivement l'Administration générale des douanes et la Société chinoise de la Croix-Rouge. Par souci de commodité, les parties sont désignées par leur appellation dans les citations tirées du Mémorandum de coopération qui figurent dans le présent rapport.

<sup>284</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 153.

conformément aux principes applicables énoncés à l'article 46, les douanes doivent être *habilitées* à ordonner que les marchandises soient écartées des circuits commerciaux et que les autorités sont tenues de faire en sorte que la "manière" dont les marchandises sont écartées des circuits commerciaux soit conçue de façon à éviter qu'un préjudice ne soit causé au détenteur du droit.

7.306 La Chine a présenté des éléments de preuve concernant des dons par les douanes de marchandises contrefaites à la Société de la Croix-Rouge. Dans un cas, les douanes ont donné des marchandises contrefaites à la Croix-Rouge qui les a distribuées à des personnes habitant dans des régions frappées par des catastrophes naturelles telles que typhons, pluies torrentielles et inondations. Les marchandises portaient toutes atteinte à une marque de fabrique ou de commerce et comprenaient des chaussures de sport, des sacs de nouilles à base de riz, de la lessive, des appareils frigorifiques aérofrigorifères et des radiateurs à kérosène.<sup>285</sup> Il n'existe au dossier aucun élément de preuve indiquant que les douanes ne se sont pas acquittées de leur responsabilité de veiller à ce que les marchandises contrefaites soient utilisées de la manière convenue et à ce qu'elles ne soient pas réintroduites dans les circuits commerciaux.

7.307 Le Groupe spécial estime que le Mémoire de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge est particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit d'évaluer le pouvoir qu'ont les douanes de mettre à l'écart les marchandises contrefaites en les donnant, parce que la Société chinoise de la Croix-Rouge reçoit la très grande majorité des marchandises données au titre des mesures en cause. Les statistiques montrent que la Société chinoise de la Croix-Rouge a reçu 91 pour cent, en termes de valeur, des marchandises contrefaites qui ont été données par les douanes pendant les années 2005 à 2007.<sup>286</sup> En fait, aucune marchandise contrefaite destinée à être importée n'a jamais été donnée à un organisme d'aide sociale autre que la Société chinoise de la Croix-Rouge dans le cadre des mesures en cause pendant la période pour laquelle des statistiques sont disponibles.

7.308 Les États-Unis font observer que d'autres organismes d'aide sociale ne sont pas *tenus* de conclure un accord comme le Mémoire de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge.<sup>287</sup> Le don de marchandises contrefaites à d'autres organismes d'aide sociale pourrait ne pas être conforme aux principes énoncés à l'article 46.

7.309 Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut, au paragraphe 7.240, que les mesures correctives prévues par l'article 59 ne sont pas exhaustives. Il n'a pas été affirmé qu'il existait des circonstances dans lesquelles les douanes pouvaient donner des marchandises contrefaites uniquement à un autre organisme d'aide sociale, à l'exclusion de la Société chinoise de la Croix-Rouge. En d'autres termes, le pouvoir d'effectuer un don à un autre organisme d'aide sociale n'exclut pas le pouvoir d'effectuer un don à la Croix-Rouge. Par conséquent, dans la mesure où le pouvoir qu'elles ont d'effectuer des dons à la Société chinoise de la Croix-Rouge est conforme aux principes énoncés à l'article 46, les douanes sont habilitées à ordonner la mise hors circuit prévue par l'article 59. Au demeurant, la possibilité que d'autres organismes d'aide sociale n'aient pas conclu un accord en matière de donation ou qu'ils refusent de le faire est un point qui reste à démontrer.

7.310 Les États-Unis prétendent que le Mémoire de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge ne démontre pas que les douanes sont "habilitées" à ordonner que les marchandises soient mises à l'écart d'une telle manière, parce que celles-ci doivent persuader un

---

<sup>285</sup> Pièce CHN-93.

<sup>286</sup> Voir les statistiques douanières plus haut dans la note de bas de page 219.

<sup>287</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 152; voir aussi la deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 52.

organisme de bienfaisance à la fois de conclure un accord en matière de donation et de s'engager à ne pas essayer de revendre les marchandises.<sup>288</sup>

7.311 Le Groupe spécial note que les douanes ont déjà conclu un Mémorandum de coopération avec la Croix-Rouge et qu'elles l'ont fait dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'adoption et l'entrée en vigueur des Mesures de mise en œuvre. Les douanes n'ont pas à persuader la Croix-Rouge de convenir encore de conclure un tel accord. Par conséquent, cela ne modifie pas la constatation que le Groupe spécial a formulée plus haut au paragraphe 7.309. Du reste, les mesures en cause montrent que si des organismes d'aide sociale refusent d'accepter des dons, les douanes peuvent alors envisager d'autres options qui comprennent, au bout du compte, la destruction des marchandises.

7.312 Le Groupe spécial rappelle que les États-Unis allèguent que les trois mesures douanières en cause ne donnent aux douanes "aucune marge d'appréciation" qui leur permettrait de déterminer que la cession à un organisme d'aide sociale n'est pas appropriée dans les cas où un préjudice serait causé au détenteur du droit et, par conséquent, que les douanes ne sont pas habilitées à ordonner que les marchandises contrefaites soient mises à l'écart conformément aux principes énoncés à l'article 46.<sup>289</sup> Au vu des éléments de preuve examinés jusqu'à présent, le Groupe spécial est d'avis que les États-Unis n'ont pas établi le bien-fondé de cette partie de leur allégation car les mesures, telles qu'elles sont libellées, montrent: a) que les douanes déterminent si les marchandises contrefaites peuvent être utilisées à des fins d'aide sociale, et b) que les douanes sont tenues d'exercer une surveillance sur l'utilisation qui en est faite, laquelle passe par l'application du Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge.

7.313 Il incombe désormais aux États-Unis de démontrer pourquoi, compte tenu de cette structure juridique, les trois mesures douanières en cause ne donnent aux douanes "aucune marge d'appréciation" qui leur permettrait de déterminer que la cession à un organisme d'aide sociale n'est pas appropriée dans les cas où un préjudice serait causé au détenteur du droit.

7.314 Les États-Unis se sont référés, à la première réunion de fond et ultérieurement, à la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale<sup>290</sup>, en particulier à l'article 17 de cette loi, qui autorise les organismes d'aide sociale à écouler sur le marché les marchandises qui leur ont été données si certaines circonstances sont réunies.<sup>291</sup> La Chine a répondu que les termes d'un accord en matière de donation conclu au titre de l'article 12 de la loi – comme le Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge – prévalaient sur l'article 17 en vertu de l'article 18.<sup>292</sup> Les États-Unis ont répondu que vendre des marchandises au titre de l'article 17 de la loi et faire en sorte que le produit de la vente continue d'être affecté à l'"usage" prescrit par l'accord en matière de donation semblaient être, à première vue, une action conforme aux mandats découlant de l'article 18.<sup>293</sup>

7.315 Ce type d'argumentation pose plusieurs problèmes au Groupe spécial. Premièrement, la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale n'entre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial.<sup>294</sup> Les États-Unis ont dit que cette loi confirmait leurs craintes, à savoir que la remise de marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale "dans le cadre de la législation chinoise" ne garantissait

---

<sup>288</sup> Observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 74.

<sup>289</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.287.

<sup>290</sup> Adoptée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale en 1999 et promulguée sur ordre du Président de la République populaire de Chine, prenant effet au 1<sup>er</sup> septembre 1999.

<sup>291</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 62, réitérée dans la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 151. La pièce US-59 comprend une traduction en anglais de l'article 17 de la loi ainsi qu'une copie complète de la version originale.

<sup>292</sup> La Chine a fourni une traduction en anglais des articles 12 et 18 de la loi au cours de la première réunion de fond.

<sup>293</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 154.

<sup>294</sup> Document WT/DS362/7, reproduit à l'annexe D-1 du présent rapport.

pas que les marchandises resteraient en dehors des circuits commerciaux.<sup>295</sup> Toutefois, il n'était fait mention dans l'allégation que des trois mesures douanières et il n'était fait état d'aucune autre partie de la législation chinoise. Bien que cette loi ait rapport au moyen de défense invoqué par la Chine en ce qui concerne le Mémoire de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge, il semble que les États-Unis cherchent en substance à formuler une nouvelle allégation, selon laquelle la manière dont les douanes remettent des marchandises à des organismes d'aide sociale est incompatible avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, eu égard aux trois mesures douanières *considérées conjointement avec cette loi*.<sup>296</sup> Le Groupe spécial n'est pas habilité à se prononcer sur pareille allégation en l'espèce.

7.316 Deuxièmement, les États-Unis ne semblent pas certains de l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale. Ils n'étaient pas au courant de l'existence de cette loi au moment de la rédaction de leur première communication écrite, dans laquelle ils ont dit que "rien ne semblait empêcher les organismes d'aide sociale de vendre les marchandises contrefaites qui leur étaient remises".<sup>297</sup> En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont dit qu'"on ne voyait pas très bien si ou comment d'autres dispositions de cette loi avaient une incidence sur l'application de l'article 17 ...".<sup>298</sup> En réponse à une question de la Chine, les États-Unis ont dit qu'il n'existait à ce jour aucune base légale démontrant que l'article 17 ne s'appliquait *pas* à tous les dons visés par la loi, mais qu'ils "espéraient obtenir davantage d'information de la Chine sur ce point, y compris sur la façon dont les diverses dispositions de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale étaient liées les unes aux autres".<sup>299</sup> Dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, les États-Unis ont affirmé que la vente des marchandises données, au titre de l'article 17 iv), "semblait être, à première vue, une action conforme aux mandats découlant de l'article 18".<sup>300</sup> Dans leurs observations sur les réponses aux questions qui ont été posées après la deuxième réunion de fond, les États-Unis ont dit que la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale semblait autoriser la vente dans les circuits commerciaux lorsque certaines exigences étaient réunies.<sup>301</sup> Toutefois, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve pour étayer leur affirmation, mis à part le texte de la loi (qui n'est pas clair) et trois dispositions du Code des obligations (examinées plus bas aux paragraphes 7.320 à 7.322). Les États-Unis affirment que la Chine n'a étayé sur aucune base légale l'affirmation selon laquelle les termes de l'accord en matière de donation primaient sur cette loi. Toutefois, la charge de la preuve incombe aux États-Unis puisque ce sont eux qui affirment qu'en raison de cette loi, les mesures en cause et un accord en matière de donation ne permettent pas à la Chine de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 59.

7.317 Troisièmement, cette question porte sur une subtilité du droit interne chinois quant à l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale. L'article 17 iv), auquel les États-Unis se réfèrent, dispose ce qui suit:

---

<sup>295</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 62.

<sup>296</sup> Les États-Unis ont effectivement établi pareille distinction dans leurs allégations relatives au droit d'auteur, dans lesquelles, au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, ils ont fait mention de "l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur"; toutefois, dans leur allégation au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, ils ont fait état de "l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, *conjointement avec* les processus d'examen avant autorisation et avant distribution déterminés en fonction de la nationalité qui sont établis par les autres mesures en cause". (pas d'italique dans l'original) Dans les allégations relatives au droit d'auteur formulées au titre des articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC, il était fait mention de "l'article 4 de la Loi de la Chine sur le droit d'auteur, *à la fois indépendamment et conjointement avec* les autres mesures en cause". (pas d'italique dans l'original)

<sup>297</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

<sup>298</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 31.

<sup>299</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 2 posée par la Chine.

<sup>300</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 151 à 154.

<sup>301</sup> Observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 74.

"Lorsque les biens donnés ne peuvent être conservés ou transportés ou qu'ils excèdent les besoins effectifs, le donataire peut les vendre, mais tout le produit de la vente doit être affecté aux mêmes fins que le don."<sup>302</sup>

7.318 Par ailleurs, l'article 18 de la même loi, auquel la Chine se réfère, dispose ce qui suit:

"Lorsque le donataire a conclu avec le donateur un accord en matière de donation, il doit utiliser les biens qui lui sont donnés aux fins prescrites dans cet accord et il ne peut les utiliser à un autre usage sans en avoir obtenu l'autorisation. Dans les cas où un autre usage s'impose effectivement, il doit obtenir le consentement du donateur."<sup>303</sup>

7.319 Le Groupe spécial observe qu'il est admis à l'article 12 de la loi que les donateurs et les donataires sont en droit de conclure des accords en matière de donation. L'article 17 contient quatre paragraphes dont au moins trois prévoient l'utilisation des biens donnés par certains types d'organismes d'aide sociale. L'article 17 limite l'utilisation qui peut en être faite par ces organismes de diverses manières générales. Il est question à l'article 18 de l'utilisation des biens donnés conformément au but particulier énoncé dans un accord en matière de donation. La manière dont ces deux dispositions peuvent être rapprochées n'est pas claire. L'article 18 pourrait aussi bien compléter l'article 17 que prévoir une autre façon de procéder qui permettrait aux donateurs et aux donataires de déroger contractuellement à l'article 17. À défaut d'autres éléments de preuve, le Groupe spécial ne peut arriver à aucune conclusion au sujet des assertions de l'une ou l'autre partie relatives à ces dispositions de cette loi.<sup>304</sup>

7.320 Les États-Unis se réfèrent aussi au Code des obligations pour étayer leurs assertions selon lesquelles, même dans les cas où un accord en matière de donation a été conclu, la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale semble autoriser la vente dans le commerce<sup>305</sup>, et selon lesquelles il est indiqué dans le Code des obligations de la Chine que lorsqu'un contrat contient une clause qui est incompatible avec une loi chinoise, la loi prime sur cette clause contractuelle.<sup>306</sup> En tant que partie qui avance ces assertions, la charge de prouver que celles-ci sont vraies incombe aux États-Unis.<sup>307</sup> Toutefois, les États-Unis n'établissent pas de lien entre cette dernière assertion et des éléments de preuve spécifiques en l'espèce. Ils présentent plutôt trois dispositions du Code des obligations.<sup>308</sup> La première disposition frappe de nullité l'intégralité d'un contrat.<sup>309</sup> Elle ne permet pas d'étayer l'idée improbable voulant que la disposition bien précise de l'article 17 iv) de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale frappe de nullité l'intégralité du Mémoire de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge. La troisième disposition instaure une surveillance et traite de certains

---

<sup>302</sup> Traduction mutuellement convenue n° 10, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>303</sup> *Ibid.* Conformément à l'article 28 de la loi, le donataire est tenu légalement responsable s'il altère la nature des biens ou qu'il les affecte à d'autres fins sans autorisation.

<sup>304</sup> Voir aussi la réponse de la Chine à la question n° 74.

<sup>305</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 52; observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 74.

<sup>306</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 52, à laquelle est annexée la pièce US-73, dans laquelle sont reproduites trois dispositions du Code des obligations, et la pièce US-74, dans laquelle est reproduit un article d'interprétation judiciaire de certaines questions relatives à l'application du Code des obligations.

<sup>307</sup> Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16.

<sup>308</sup> Adopté et promulgué par l'Assemblée populaire nationale en 1999.

<sup>309</sup> L'article 52 v) du Code des obligations dispose ce qui suit: "Un contrat est frappé de nullité dans l'une ou l'autre des circonstances ci-après: v) le contrat contrevient à une disposition contraignante d'une loi (法律) ou d'un règlement administratif (行政法规)."

actes illicites; sa pertinence n'est pas claire.<sup>310</sup> La deuxième disposition, à savoir l'article 123, se lit ainsi:

"Lorsqu'une autre loi (法律) contient des dispositions contraires au sujet d'un contrat donné, ces dispositions priment."<sup>311</sup>

7.321 Le sens du mot "contraires" n'est pas clair, car le contexte de l'article 123 n'a pas été fourni à titre d'élément de preuve. Il semble que l'idée soit la suivante: en admettant que l'article 17 iv) de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale établisse une "clause implicite", cela pourrait frapper de nullité l'article 7 du Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge en raison de l'article 123 du Code des obligations. Toutefois, les assertions des États-Unis en ce qui concerne l'interprétation collective de ces deux lois et d'un contrat particulier ne sont que de simples spéculations et les éléments de preuve versés au dossier sont tout à fait insuffisants pour se former une opinion à ce sujet.<sup>312</sup>

7.322 Par conséquent, les termes de l'article 17 de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale, interprétés dans leur contexte et en tenant compte du Code des obligations, ne réfutent pas le moyen de défense invoqué par la Chine ni ne modifient, par voie de conséquence, la constatation formulée plus haut par le Groupe spécial au paragraphe 7.312 en ce qui concerne les termes des mesures douanières et du Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge.

7.323 Enfin, le Groupe spécial rappelle que l'obligation énoncée à l'article 59 incombe à la Chine, en qualité de Membre, et non pas aux trois mesures douanières que les États-Unis ont indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial qu'ils ont présentée. Il n'y a aucune raison pour que toutes les conditions relatives à la mise à l'écart des circuits commerciaux doivent figurer dans ces trois mesures particulières, car la Chine est libre de déterminer la méthode de mise en œuvre des obligations qui lui incombent au titre de l'article 59, conformément à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>313</sup> La Loi sur les dons à des fins d'aide sociale a été présentée morceau par morceau tout au long des travaux du Groupe spécial parce que les deux parties au différend en ont cité des extraits.<sup>314</sup> Pourtant, la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale est une mesure publique, adoptée par l'Assemblée populaire nationale de Chine et promulguée par le Président de la Chine en 1999.<sup>315</sup> Si cette loi, en particulier l'article 17, avait fait l'objet de consultations entre les parties et avait été indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, il est probable que ces questions auraient été correctement documentées et que le Groupe spécial aurait pu donner un avis sur certaines d'entre elles.

7.324 Pour les raisons exposées plus haut, le Groupe spécial confirme la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.312 et constate que les États-Unis n'ont pas établi, s'agissant du

---

<sup>310</sup> L'article 127 du Code des obligations dispose que certaines autorités exerceront une surveillance et se chargeront de certains actes illicites.

<sup>311</sup> Pièce US-73.

<sup>312</sup> Voir aussi la réponse de la Chine à la question n° 74.

<sup>313</sup> C'est également l'approche qui a été retenue dans le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, aux paragraphes 7.746 à 7.751.

<sup>314</sup> L'article 6 de la Loi sur les dons à des fins d'aide sociale a été fourni avec la première communication écrite de la Chine (pièce CHN-90); l'article 17 a été fourni à l'occasion de la première déclaration orale des États-Unis (pièce US-59); les articles 12 et 18 ont été communiqués ultérieurement par la Chine, au cours de la première réunion de fond et, enfin, une version intégrale traduite a été communiquée après cette réunion (pièce CHN-154). Une traduction mutuellement convenue, pour ce qui est de la version anglaise, a été communiquée peu avant la deuxième réunion de fond (MAT-10).

<sup>315</sup> Voir plus haut la note de bas de page 290. Les États-Unis ont pu obtenir une copie de la loi en consultant le site Web du Ministère du commerce avant la première réunion de fond avec le Groupe spécial; voir la première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 61, ainsi que la pièce US-59.

don de marchandises portant atteinte à un droit à des organismes d'aide sociale au titre des mesures en cause, que les douanes n'étaient pas habilitées à ordonner la mise à l'écart des marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46.

*viii) Vente au détenteur du droit*

7.325 Le deuxième moyen de disposition prévu par les mesures en cause est la vente au détenteur du droit. La vente au détenteur du droit est volontaire, en ce sens qu'elle nécessite le consentement du détenteur du droit. Si celui-ci y consent, il paie pour les marchandises contrefaites un prix dont il doit être convenu.

7.326 Dans l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes, la vente au détenteur du droit vient après le don à des organismes d'aide sociale. L'auxiliaire modal qui se traduit en anglais par "can" (ou "may") (可以) [facultatif], y est employé. Dans l'article 30 des Mesures de mise en œuvre, le don à des organismes d'aide sociale et la vente au détenteur du droit sont présentés comme une alternative, sans hiérarchie évidente entre les deux possibilités.<sup>316</sup> Par conséquent, il ne semble exister aucune circonstance dans laquelle la vente au détenteur du droit serait la seule option disponible et pourrait faire obstacle au pouvoir requis par l'article 59. Au vu de la constatation formulée plus haut par le Groupe spécial au paragraphe 7.324, il n'est donc pas nécessaire d'évaluer cette option pour déterminer si les mesures douanières sont compatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

*ix) Vente aux enchères et habilitation à ordonner la destruction des marchandises portant atteinte à un droit*

7.327 Le Groupe spécial examinera maintenant le pouvoir qu'ont les douanes d'ordonner que des marchandises contrefaites soient vendues aux enchères. La vente aux enchères est le troisième moyen de disposition prévu par les mesures en cause. La vente aux enchères n'est pas une forme de destruction, et il n'est pas contesté que la vente aux enchères n'est *pas* une forme de mise à l'écart des circuits commerciaux. Par conséquent, ce moyen de disposition n'est manifestement *pas* requis par l'article 59.<sup>317</sup> Néanmoins, le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut, au paragraphe 7.240, que les mesures correctives indiquées à l'article 59 n'étaient pas exhaustives. Par conséquent, le fait que l'habilitation à ordonner que des marchandises contrefaites soient vendues aux enchères n'est pas requise n'est pas en lui-même incompatible avec l'article 59.

7.328 Les États-Unis affirment que, parce que la vente aux enchères est obligatoire selon eux, elle prive les douanes du pouvoir d'ordonner que des marchandises contrefaites soient détruites au moment de l'application de l'article 59.<sup>318</sup> Ils n'allèguent pas que les douanes sont habilitées à ordonner le don à des organismes d'aide sociale (ou la vente au détenteur du droit) dans des circonstances où les douanes envisagent de procéder à une vente aux enchères. Dans ces circonstances, il est présumé que les douanes ont déjà décidé d'écarter ces autres moyens. La seule question qui se pose est donc celle de savoir si l'habilitation à ordonner la vente aux enchères fait obstacle au pouvoir d'ordonner la *destruction* des marchandises contrefaites.

7.329 Selon l'allégation, les mesures, telles qu'elles sont libellées, traitent la vente aux enchères (et les autres moyens de disposition) comme des "conditions préalables obligatoires" avant de pouvoir envisager la destruction et elles créent une "série d'étapes obligatoires" qui rendent la vente aux

---

<sup>316</sup> Les États-Unis conviennent que, d'un point de vue juridique, il s'agit d'options parallèles; voir leur réponse à la question n° 78.

<sup>317</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.244.

<sup>318</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 161; réponses des États-Unis aux questions n° 39, 41 et 83.

enchères incontournable dans certaines circonstances.<sup>319</sup> La Chine répond que le règlement exprime une "préférence" pour certains moyens de disposition et que les Mesures de mise en œuvre confirment cet ordre de priorité. Elle fait valoir que les mesures confèrent aux douanes un "pouvoir discrétionnaire considérable" pour déterminer quel est le moyen approprié et que celles-ci sont également habilitées à ordonner le recours à l'un ou l'autre des quatre moyens de disposition.<sup>320</sup>

7.330 Le Groupe spécial examine pour commencer le libellé des mesures. L'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes prévoit quatre moyens de disposition, la vente aux enchères étant le troisième. En ce qui concerne la vente aux enchères, l'article 27 dispose ce qui suit:

"Lorsque les marchandises confisquées qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que le détenteur du droit de propriété intellectuelle n'a pas l'intention de les acheter, les douanes *peuvent*, après avoir éliminé les éléments contrefaits, les vendre aux enchères, conformément à la loi."<sup>321</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.331 Ce membre de phrase prévoit la vente aux enchères des marchandises contrefaites. Il dépend du non-recours aux deux premiers moyens, à savoir le don à des organismes d'aide sociale et la vente au détenteur du droit. Un auxiliaire modal est utilisé dans ce membre de phrase, qui se traduit en anglais par "can" (ou "may") (可以) [facultatif]. Cela indique que le Règlement sur la protection des DPI par les douanes n'exige pas la vente aux enchères des marchandises contrefaites, même lorsque les deux premiers moyens de disposition ne sont pas retenus.

7.332 Le contexte confirme que le choix de cet auxiliaire modal est significatif, car on trouve aussi dans le même paragraphe l'auxiliaire modal qui se traduit en anglais par "shall" (应当) [impératif] en ce qui concerne les autres moyens de disposition; en particulier, l'auxiliaire modal "can" ou "may" est employé pour ce qui est de la vente au détenteur du droit et de la vente aux enchères, tandis que l'auxiliaire modal "shall" est employé en ce qui concerne le don à des organismes d'aide sociale et la destruction.

7.333 La phrase suivante, qui concerne la destruction, dispose que "[l]orsqu'il est impossible d'éliminer les éléments contrefaits, les douanes détruisent les marchandises". Cela indique que la disposition selon laquelle les douanes doivent détruire les marchandises dépend de la question de savoir s'il est impossible d'éliminer les éléments contrefaits". Cette condition, telle qu'elle est libellée, n'implique pas un défaut d'habilitation à détruire les marchandises lorsqu'il n'est *pas* impossible d'éliminer les éléments contrefaits.

7.334 Il semble ressortir clairement du texte que l'élimination des éléments contrefaits est une condition liée au recours à la vente aux enchères. En fait, cela est expressément confirmé par le dispositif du premier paragraphe de l'Avis au public n° 16/2007, qui est cité plus haut au paragraphe 7.195. En d'autres termes, l'*impossibilité* d'éliminer les éléments contrefaits interdit le recours à la vente aux enchères. Néanmoins, cela n'implique pas que la *possibilité* d'éliminer les éléments contrefaits interdit d'avoir recours à la destruction, parce que le recours à la vente aux enchères est optionnel, et non pas obligatoire, au titre de l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes.

7.335 Les États-Unis soutiennent que si aucune des trois premières options n'est possible, "les douanes *peuvent alors, et alors seulement*, passer au troisième élément, à savoir la destruction des

---

<sup>319</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 191 et 194.

<sup>320</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 158 et 159.

<sup>321</sup> Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.

marchandises". (pas d'italique dans l'original)<sup>322</sup> Néanmoins, de l'avis du Groupe spécial, cela relève d'une mécompréhension du texte, qui dispose que si aucune des trois premières options n'est possible, les douanes détruiront les marchandises. Il n'y est pas dit que les douanes *ne détruiront pas* les marchandises dans d'autres situations.

7.336 En résumé, l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes prévoit quatre options dont la deuxième et la troisième, à savoir la vente aux enchères, sont optionnelles. Le Groupe spécial examinera si les Mesures de mise en œuvre modifient cet état de fait.

7.337 Les Mesures de mise en œuvre prévoient les quatre mêmes moyens de disposition que l'article 30 et dans le même ordre. L'article 30 prévoit les deux premières options sous forme d'alternative dans le paragraphe 1, puis il prévoit la vente aux enchères dans le paragraphe 2 et la destruction dans le paragraphe 3. L'article 30 établit un ordre clair entre ces options en disposant que le paragraphe 2 (vente aux enchères) s'applique:

"lorsque les douanes ne peuvent se défaire des marchandises concernées conformément aux dispositions du paragraphe 1, mais que les éléments contrefaits peuvent être éliminés";

et en disposant que le paragraphe 3 (destruction) s'applique:

"lorsque les douanes ne peuvent se défaire des marchandises concernées conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2".

7.338 Tout comme l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes, le paragraphe 3 concernant la destruction dispose que les marchandises sont "shall" (应当) détruites lorsqu'il a été satisfait à la condition susmentionnée. Toutefois, cela n'implique pas, en soi, que la destruction n'est pas autorisée lorsqu'il est possible d'avoir recours à d'autres moyens de disposition. Cela dépend de la question de savoir si la mesure oblige les douanes à ordonner le recours à l'un des autres moyens de disposition, quelles que soient les circonstances.

7.339 Les parties sont convenues d'inclure l'auxiliaire modal "shall" dans les trois paragraphes de l'article 30 des Mesures de mise en œuvre pour les besoins de la traduction en anglais, mais la Chine maintient que la mesure donne aux douanes un pouvoir d'appréciation considérable.<sup>323</sup> Le Groupe spécial ne tient pas pour établi que l'emploi du mot "shall" dans une traduction officielle des Mesures de mise en œuvre dénote nécessairement une obligation de la même manière que le mot "shall" lorsqu'il est utilisé dans la version anglaise des accords visés de l'OMC. Le Groupe spécial note qu'un auxiliaire modal ne figure ni au paragraphe 1, ni au paragraphe 2 de la version originale, qui fait foi, de l'article 30 des Mesures de mise en œuvre concernant l'un quelconque des trois premiers moyens de disposition, mais uniquement au paragraphe 3, qui concerne la destruction. Dans la version originale, l'auxiliaire modal traduit par "shall" (应当) est employé dans la phrase liminaire qui se lit ainsi: "Customs "shall" dispose of infringing goods it has confiscated according to the following provisions" (les douanes se défont des marchandises contrefaites qu'elles ont confisquées conformément aux dispositions suivantes).<sup>324</sup> Les trois premiers moyens de disposition sont ensuite énoncés sous forme d'une série d'étapes selon lesquelles, dans différentes circonstances, les douanes "hand over" (remettent), "assign" (attribuent) ou "auction off" (vendent aux enchères)<sup>325</sup>, contrairement au

---

<sup>322</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 182.

<sup>323</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.328.

<sup>324</sup> Seule la version originale des mesures fait foi.

<sup>325</sup> Le paragraphe 2 comprend aussi l'adverbe 依法, qui a été traduit par "according to law" (conformément à la loi). Les États-Unis admettent que cela signifie que la vente aux enchères devrait être

paragraphe 3, dans lequel est employé l'auxiliaire modal traduit en anglais par "shall" (应当) (tout comme dans le paragraphe final, à deux reprises). Cela peut indiquer que les douanes jouissent d'une certaine marge discrétionnaire dans le cadre des Mesures de mise en œuvre, comme le soutient la Chine. Par conséquent, le Groupe spécial ne considère pas que le texte de l'article 30 des Mesures de mise en œuvre est suffisamment clair à lui seul pour arriver à la conclusion qu'il oblige les douanes à vendre les marchandises aux enchères à un moment ou à un autre.

7.340 Les Mesures de mise en œuvre ont été adoptées par le Comité permanent de l'Administration générale des douanes afin d'appliquer le Règlement sur la protection des DPI par les douanes, lequel a été promulgué par le Comité permanent du Conseil des affaires de l'État. Le Conseil des affaires de l'État est l'instance la plus élevée du pouvoir administratif en Chine. Par conséquent, toute ambiguïté dans les Mesures de mise en œuvre devrait être levée en se référant à la norme de rang supérieur, c'est-à-dire le Règlement sur la protection des DPI par les douanes.<sup>326</sup> L'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes dispose que la vente aux enchères est optionnelle.

7.341 L'Avis au public n° 16/2007 est une autre mesure de l'Administration générale des douanes qui est d'application générale, s'agissant de la vente aux enchères de marchandises contrefaites. Elle comporte un seul paragraphe qui se lit ainsi:

"Conformément à l'article 27 du Règlement de la République populaire de Chine sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'Administration des douanes (ci-après dénommé le "Règlement"), lorsque les marchandises confisquées portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que le détenteur du droit de propriété intellectuelle ne souhaite pas les acheter, les douanes *peuvent* les vendre aux enchères conformément à la loi, après avoir éliminé les éléments contrefaits. Afin de réglementer la vente aux enchères par les douanes de marchandises portant atteinte à un droit, d'améliorer la transparence des moyens mis en œuvre par les douanes pour faire respecter les droits et de protéger le droit à l'information des détenteurs de droits de propriété intellectuelle, les aspects pertinents sont portés à la connaissance du public comme suit:" (pas d'italique dans l'original)

7.342 Ce considérant indique que l'Administration générale des douanes a fait paraître cet avis au public dans l'intention expresse de réglementer la vente aux enchères par les douanes de marchandises contrefaites et d'améliorer la transparence des moyens mis en œuvre par les douanes pour faire respecter les droits, ainsi que de donner aux détenteurs de droits le droit de présenter des observations. Le Groupe spécial observe que bien qu'il soit postérieur à la fois au Règlement sur la protection des DPI par les douanes et aux Mesures de mise en œuvre, l'Avis au public n° 16/2007 ne reprend que la formulation optionnelle de l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes lorsqu'il fait état du pouvoir de vendre aux enchères des marchandises contrefaites.<sup>327</sup> Cela tend à confirmer que toute ambiguïté dans les Mesures de mise en œuvre devrait être levée en se référant à la norme de rang supérieur, c'est-à-dire au Règlement sur la protection des DPI par les douanes.<sup>328</sup>

---

effectuée conformément aux règles applicables régissant ces activités (voir la réponse des États-Unis à la question n° 77).

<sup>326</sup> Les États-Unis conviennent que la source de droit de rang plus élevé aura probablement plus de poids (voir leur réponse à la question n° 27).

<sup>327</sup> Les États-Unis conviennent que l'Avis au public n° 16/2007 "ne fait que confirmer la hiérarchie actuelle des moyens de disposer des marchandises contrefaites qui existent aux termes des mesures de la Chine" (voir la première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 118).

<sup>328</sup> Le Groupe spécial observe également que les documents extraits des dossiers de l'Administration des douanes font état du Règlement sur la protection des DPI par les douanes sans faire mention des Mesures de mise en œuvre; par exemple, un rapport sur la destruction de certaines marchandises contrefaites fait état de la

7.343 Par conséquent, le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas établi que les mesures douanières, telles qu'elles sont libellées, obligeaient les douanes à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient vendues aux enchères.

7.344 Les éléments de preuve versés au dossier comprennent également des documents extraits des dossiers et des statistiques des douanes qui indiquent comment celles-ci ont, dans les faits, exercé le pouvoir que leur confère l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de détruire les marchandises plutôt que de les vendre aux enchères. Le Groupe spécial estime qu'il est utile d'examiner ces éléments de preuve, en gardant à l'esprit que l'allégation porte sur la question de savoir si les douanes "[sont] habilitées" à ordonner la destruction, et non pas sur la question de savoir si elles font effectivement usage de ce pouvoir.

7.345 Le Groupe spécial observe que les documents provenant des dossiers des douanes montrent qu'il y a eu destruction de marchandises contrefaites dans une circonstance dont il n'est pas fait mention dans le texte des Mesures de mise en œuvre. Étant donné que la vente aux enchères est le troisième moyen de disposition selon l'ordre établi par les mesures en cause et que la destruction est le quatrième et dernier moyen de disposition, la vente aux enchères doit nécessairement avoir été écartée en ce qui concerne les marchandises qui ont été détruites. Les Mesures de mise en œuvre, telles qu'elles sont libellées, n'énoncent qu'une seule condition qui, si elle n'est pas satisfaite, conduira à la décision de détruire les marchandises plutôt que de les vendre aux enchères. Cette condition énoncée au paragraphe 2 des Mesures de mise en œuvre se lit ainsi: "les éléments contrefaits peuvent être éliminés".

7.346 Toutefois, dans une affaire concernant des pièces automobiles contrefaites, les douanes ont invoqué expressément un motif différent pour ne pas vendre aux enchères les marchandises. Elles ont indiqué que les marchandises contrefaites ne pouvaient pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que les détenteurs de droits n'avaient pas l'intention de les acheter (condition énoncée dans le texte des Mesures de mise en œuvre) *et* "que la sécurité de ces marchandises ne pouvait pas être garantie, et donc qu'il n'était pas indiqué de les vendre aux enchères".<sup>329</sup> Cette condition n'est pas énoncée dans le libellé des Mesures de mise en œuvre. Il n'y est aucunement fait mention de l'élimination des éléments contrefaits.<sup>330</sup>

---

Loi douanière, de la Loi sur les marques de fabrique ou de commerce et du Règlement sur la protection des DPI par les douanes et indique que les marchandises ont été détruites conformément aux dispositions du Règlement sur la protection des DPI par les douanes (pièce CHN-96). Dans une autre affaire, un avis de décision faisait état de la Loi sur les marques de fabrique ou de commerce, du Règlement sur la protection des DPI par les douanes et du Règlement sur l'application de sanctions administratives par les douanes (pièce CHN-98). Dans une autre affaire, dans un avis figurant sur un formulaire de demande de destruction de marchandises contrefaites et indiquant que les marchandises devraient être détruites, il était fait référence à l'article 27(3) du Règlement sur la protection des DPI par les douanes (pièce CHN-99).

<sup>329</sup> Un formulaire de demande de destruction de marchandises contrefaites apparemment établi par les douanes de Fuzhou en 2006 fait état de la destruction de certaines pièces automobiles contrefaites. Le formulaire de demande fait état de l'avis de ceux qui ont traité l'affaire (et qui "préconisent la destruction" des marchandises en l'occurrence), ainsi que des avis du chef de section, du chef de division et du directeur (qui ont tous donné leur "assentiment" ou apposé leur signature) (pièce CHN-99).

<sup>330</sup> La Chine a présenté des éléments de preuve concernant trois autres affaires à l'issue desquelles les douanes ont détruit les marchandises, censément pour des motifs autres que parce que les éléments contrefaits ne pouvaient pas être éliminés. Toutefois, le Groupe spécial estime que ces dossiers ne sont pas probants. Dans une affaire relative à des consoles de jeux contrefaites, les douanes ont indiqué pourquoi les marchandises étaient détruites. C'était parce que les marchandises portaient atteinte à des marques de fabrique ou de commerce et à des "droits de brevet de dessin ou modèle". Il n'est pas fait expressément mention de l'élimination des éléments contrefaits (condition à laquelle est subordonnée la vente aux enchères selon le libellé des Mesures de mise en œuvre), mais cela pourrait sous-entendre que les éléments contrefaits ne pouvaient pas être éliminés, puisqu'il s'agissait d'éléments de forme ou d'ornementation (voir le "Report on the Destruction of

7.347 Il n'est pas fait mention de la question de la sécurité dans le libellé des Mesures de mise en œuvre et les États-Unis ne prétendent pas qu'elle est d'une manière ou d'une autre sous-entendue, en raison, par exemple, de l'exigence voulant que les marchandises soient vendues aux enchères "conformément à la loi".<sup>331</sup> La Chine soutient que les douanes ne peuvent pas vendre aux enchères des marchandises dont la qualité pose problème ou qui présentent des dangers pour la sécurité, conformément à la Loi sur la qualité des produits<sup>332</sup>, et affirme que d'autres normes sont applicables, sans étayer ses dires.<sup>333</sup> Les États-Unis ne contestent pas que d'autres lois puissent être applicables mais ils font valoir que, même si elles sont d'application, la hiérarchie prévue dans les mesures douanières reste toujours obligatoire.<sup>334</sup> Les États-Unis admettent qu'ils "ne savent pas" si les marchandises peuvent avoir été détruites pour des raisons autres que celles "prescrites" par les mesures douanières.<sup>335</sup>

7.348 De l'avis du Groupe spécial, si les États-Unis font valoir que les mesures sont obligatoires "à première vue", leur argument est qu'elles sont obligatoires telles qu'elles sont libellées. Le fait qu'il semble y avoir des circonstances dans lesquelles les douanes dérogent aux termes des mesures indique, à tout le moins, que les mesures ne sont pas "aussi obligatoires" que leur libellé pourrait le donner à penser, ce qui amène à se demander si le moyen particulier de disposition en cause est, effectivement, le moins obligatoire. Cela cadre avec l'idée selon laquelle, conformément aux termes des Mesures de mise en œuvre, tels qu'ils sont interprétés à la lumière du Règlement sur la

---

the Counterfeit PS Game Console by Huangpu Customs" 埔关法 [2008] n° 78, reproduit dans la pièce CHN-96). Ailleurs, la Chine indique que l'expression "droits de brevet de dessin ou modèle" signifie que les éléments contrefaits ne peuvent pas tous être éliminés (voir la première communication écrite de la Chine, paragraphe 224).

S'agissant d'une affaire relative à des fers électriques contrefaits, la Chine présente un aperçu de l'affaire dans lequel elle affirme que les éléments contrefaits pourraient être éliminés et que les marchandises pourraient être vendues aux enchères conformément à la loi, mais les marchandises ont été détruites parce que la qualité posait problème et que les marchandises présentaient des dangers pour la sécurité. Le Groupe spécial note que les marchandises contrefaites ont été confisquées et que l'exportateur a été mis à l'amende (voir l'Avis de décision de sanction administrative 拱关知字 [2006] n° 9. Les douanes ont informé l'exportateur qu'elles vendraient les marchandises (ainsi que les véhicules) si l'amende n'était pas payée, mais elles ont procédé à leur destruction. La raison pour laquelle les douanes ont opté pour la destruction plutôt que pour la vente aux enchères des marchandises n'est pas indiquée sur le formulaire d'avis. Voir la pièce CHN-98.

Dans une affaire relative à des selles de motocycles contrefaites, la Chine affirme que les marchandises ont été détruites parce que les douanes ont déterminé que le moindre risque de défaut justifiait leur destruction. Toutefois, cela ne ressort pas clairement des pièces justificatives; voir le rapport établi par les douanes de Huangpu au sujet de l'affaire, qui indique uniquement que les marchandises contrefaites ont été détruites sans en donner la raison; le rapport est reproduit dans la pièce CHN-173.

<sup>331</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 77.

<sup>332</sup> Loi sur la qualité des produits, adoptée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale et promulguée en vertu de l'Ordonnance n° 71 du Président de la République populaire de Chine le 22 février 1993, modifiée conformément à une décision du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale le 8 juillet 2000. Les articles 12 et 13 de cette loi sont reproduits dans la pièce CHN-97; voir la première communication écrite de la Chine, paragraphe 170, et la réponse de la Chine à la question n° 82. Le Groupe spécial note également qu'il est aussi question, dans un document établi par l'Administration centrale du gouvernement populaire de la province de Fujian, daté du 8 mars 2006 et traitant de l'affaire des pièces automobiles contrefaites, des exigences du Bureau national de lutte contre la contrebande, selon lesquelles les "automobiles démontées et les accessoires de contrebande qui ont été confisqués ne doivent pas être vendus aux enchères ou introduits sur le marché et doivent être éliminés par les douanes locales après avoir été broyés" (reproduit dans la pièce CHN-99).

<sup>333</sup> Réponse de la Chine à la question n° 82.

<sup>334</sup> Deuxième déclaration orale (déclaration finale) des États-Unis, paragraphe 22; réponse des États-Unis à la question n° 78.

<sup>335</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 79.

protection des DPI par les douanes, le recours à la vente aux enchères n'est pas obligatoire en fait, en ce sens qu'il n'interdit pas d'avoir recours à la destruction.

7.349 Des statistiques incontestées fournies par la Chine<sup>336</sup> montrent que les douanes ordonnent qu'il soit disposé des marchandises contrefaites dans les proportions suivantes, pour ce qui est des expéditions: 1) don à des organismes d'aide sociale (53,5 pour cent); 2) destruction (44,9 pour cent); 3) vente aux enchères (0,87 pour cent); et 4) vente au détenteur du droit (0,65 pour cent). Les proportions, exprimées en termes de valeur, sont les suivantes: 1) destruction (57,5 pour cent); 2) don à des organismes d'aide sociale (39,5 pour cent); 3) vente aux enchères (2,2 pour cent); et 4) vente au détenteur du droit (1 pour cent).<sup>337</sup> Les statistiques cadrent avec l'interprétation que le Groupe spécial a donnée de l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes, telle qu'elle est exposée plus haut au paragraphe 7.336, car elles montrent que les deux moyens de disposition qui sont clairement optionnels au titre du règlement sont beaucoup moins utilisés que les deux moyens qui ne le sont pas.

7.350 En outre, si l'on exclut toutes les marchandises dont les douanes se sont défaites conformément au paragraphe 1 des Mesures de mise en œuvre (c'est-à-dire en les donnant à des organismes d'aide sociale ou en les vendant au détenteur du droit), il ne reste que le sous-ensemble de marchandises pour lequel les douanes devaient choisir entre la vente aux enchères et la destruction. Aux termes des Mesures de mise en œuvre, les marchandises ne sont détruites que lorsque les éléments contrefaits ne peuvent pas être éliminés. Les statistiques montrent que, parmi les marchandises traitées conformément aux paragraphes 2 et 3 des Mesures de mise en œuvre, les décisions ci-après ont, en fait, été rendues pour ce qui est du nombre d'expéditions et de la valeur relative des marchandises contrefaites:

		2005	2006	2007	Total
<b>Par expédition</b> <sup>338</sup>					
<b>Expéditions + importations</b>	Vendues aux enchères	4	7	1	12
	Détruites	143	227	248	618
<b>En termes de valeur</b>					
<b>Expéditions + importations</b>	Vendues aux enchères	7,10%	3,54%	0,59%	3,70%
	Détruites	92,90%	96,46%	99,41%	96,30%
<b>Importations seulement</b>	Vendues aux enchères	0%	0%	0%	0%
	Détruites	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

7.351 Il est évident que le nombre d'expéditions détruites excède de loin le nombre d'expéditions vendues aux enchères et que sur une période de trois ans, les douanes n'ont décidé que 12 fois de vendre des marchandises aux enchères. En fait, aucune marchandise contrefaite destinée à l'importation n'a jamais été vendue aux enchères au titre des mesures en cause pendant la période pour laquelle des statistiques sont disponibles. À l'évidence, les douanes ont eu peu de difficultés, voire aucune, à opter pour la destruction des marchandises, ce qui cadre avec l'idée qu'elles disposent de larges pouvoirs pour le faire.

<sup>336</sup> Voir les statistiques douanières figurant plus haut dans la note de bas de page 219.

<sup>337</sup> Voir les statistiques douanières figurant plus haut dans la note de bas de page 219.

<sup>338</sup> Le nombre d'expéditions de marchandises importées vendues aux enchères était égal à zéro. Des chiffres distincts n'ont pas été communiqués en ce qui concerne le nombre d'expéditions de marchandises importées qui ont été détruites.

7.352 Le Groupe spécial note qu'il existe un nombre peu élevé de cas dans lesquels les douanes ont ordonné que les marchandises soient vendues aux enchères. Toutefois, s'agissant de ce nombre peu élevé de cas, on ne sait pas très bien si cela résulte du choix de ne pas détruire les marchandises, ou si les douanes ont estimé qu'elles n'étaient pas habilitées à les détruire. Le Groupe spécial répète que la question pertinente est celle de savoir si les douanes étaient *autorisées* par la loi à ordonner la destruction des marchandises dans ces cas.<sup>339</sup> Les États-Unis conviennent qu'un Membre peut *opter* à sa discrétion entre la destruction et la vente aux enchères, à condition qu'il dispose du pouvoir inconditionnel d'ordonner la destruction dans toutes les circonstances.<sup>340</sup>

7.353 La très faible proportion de ventes aux enchères cadre avec l'idée que la vente aux enchères n'est pas obligatoire. Elle pourrait cadrer avec l'idée que le recours à la vente aux enchères est obligatoire s'il y avait des raisons de croire que les éléments contrefaits n'ont pas pu être éliminés d'une quantité et d'une proportion excessivement élevées de marchandises confisquées par les douanes. Toutefois, faute de tels éléments de preuve et au vu des autres éléments de preuve examinés plus haut, le Groupe spécial rejette cette idée.

7.354 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas établi que l'habilitation à ordonner la vente aux enchères de marchandises portant atteinte à un droit au titre des mesures douanières exclut l'habilitation à ordonner la destruction des marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés dans la première phrase de l'article 46.

7.355 Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées aux paragraphes 7.324 et 7.354 et conclut que les États-Unis n'ont pas établi que les mesures douanières étaient incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où celui-ci incorpore les principes énoncés dans la *première* phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC.

x) *Vente aux enchères et "simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite"*

- Question de procédure

7.356 Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut au paragraphe 7.270 que "les principes énoncés à l'article 46", tels qu'ils sont incorporés par l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, incluaient la *quatrième* phrase de l'article 46. Cette phrase dispose ce qui suit:

"Pour 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."

7.357 Le Groupe spécial n'a *pas* constaté que les mesures douanières étaient impératives en ce qui concerne la vente aux enchères des marchandises portant atteinte à un droit. Néanmoins, le Groupe spécial ne considère pas que cela porte un coup fatal à l'allégation des États-Unis pour ce qui est de la quatrième phrase de l'article 46.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> La question qui se pose ici peut être opposée à celle qui a été examinée plus haut au paragraphe 7.138. Il n'est pas contesté que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur est impératif, et l'obligation en cause dans la présente allégation n'est pas libellée en employant les termes: les autorités "seront habilitées à".

<sup>340</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 41.

<sup>341</sup> La Chine a admis que cette allégation avait également été formulée en ce qui concerne la quatrième phrase de l'article 46 (voir la première communication écrite de la Chine, paragraphe 6; la première déclaration orale de la Chine, paragraphe 68; la communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 8).

7.358 Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté plus haut au paragraphe 7.253 que l'obligation énoncée à l'article 59 vise à la fois les mesures impératives et les mesures facultatives, car l'obligation voulant que les autorités compétentes des Membres "[soient] habilitées" à rendre des ordonnances particulières a trait à ce que les autorités sont *autorisées* à ordonner en vertu de la loi, et pas seulement à ce qu'elles *doivent* ordonner. Cette constatation s'applique *a fortiori* au principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46, car seul le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux ne fera pas obstacle au pouvoir requis par la première phrase de l'article 46 à un moment ou à un autre.<sup>342</sup> Le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46 en ce qui concerne le pouvoir d'ordonner l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux, en tant qu'alternative à leur destruction ou à leur mise à l'écart des circuits commerciaux, pourrait faire double emploi s'il ne s'appliquait pas à des mesures facultatives.<sup>343</sup> Par conséquent, le fait que l'exercice du pouvoir d'introduire des marchandises dans les circuits commerciaux n'est pas obligatoire n'a pas pour effet de soustraire ce moyen de disposition à l'évaluation par un groupe spécial de sa conformité "en tant que tel" avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, qui incorpore le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46.

7.359 Cette affaire particulière comporte aussi un ensemble de circonstances spécifiques. La nature des mesures en cause est telle que, même si elles ne prescrivent pas la vente aux enchères (et ne font pas obstacle au pouvoir d'ordonner la destruction), l'élimination des éléments contrefaits *est* impérative toutes les fois que les douanes optent pour la vente aux enchères des marchandises contrefaites (comme on le verra plus loin). Si l'élimination des éléments contrefaits consiste dans le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce, elle sera incompatible avec le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46, tel qu'il est incorporé par l'article 59, toutes les fois que les douanes ordonnent que les marchandises contrefaites soient vendues aux enchères. Bien que les douanes n'aient jamais vendu aux enchères des marchandises destinées à l'importation, cela est peut-être uniquement parce que le volume des marchandises contrefaites destinées à l'importation est plus faible que celui de celles destinées à l'exportation.<sup>344</sup> La Chine n'affirme pas que les douanes pourraient vendre aux enchères dans l'avenir des marchandises destinées à l'importation<sup>345</sup>, mais elle défend le recours à la vente aux enchères en s'appuyant sur l'interprétation qu'elle donne de bonne foi des exigences énoncées à l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC et de la quatrième phrase de l'article 46. En effet, la Chine informe le Groupe spécial que la vente aux enchères, qu'il s'agisse d'exportations ou d'importations, est un moyen de disposition "privilegié" dans certaines circonstances et elle défend vigoureusement son droit à y avoir recours, même si c'est avec modération. Par conséquent, les décisions du Groupe spécial quant à l'applicabilité de la quatrième phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, telle qu'elle est incorporée par l'article 59, et à la conformité avec cette disposition du recours à la vente aux enchères par la Chine, empêcheront la Chine *ex ante*, dans la mesure où l'obligation est applicable, d'adopter une conduite incompatible avec ses obligations dans le cadre d'un accord visé, ce qui est précisément l'objet d'une allégation "en tant que telle".<sup>346</sup>

7.360 Par conséquent, le Groupe spécial poursuivra son évaluation de cette allégation en ce qui concerne l'autre principe énoncé à l'article 46 qui a été invoqué par les États-Unis.

---

<sup>342</sup> Cela est sans préjudice des observations formulées plus haut par le Groupe spécial au paragraphe 7.244.

<sup>343</sup> La position est la même que pour la deuxième phrase de l'article 59.

<sup>344</sup> Voir plus haut les paragraphes 7.232 et 7.233.

<sup>345</sup> Cela peut être mis en contraste avec la thèse du défendeur dans le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* (exposée au paragraphe 5.2.9 et dont il a été pris note au paragraphe 5.2.10); dans le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Tabac* (paragraphe 122); et dans le rapport du Groupe spécial de l'OMC *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur* (paragraphe 7.112).

<sup>346</sup> Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 172.

- Simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite

7.361 Le Groupe spécial rappelle que les parties divergent de vues quant à l'applicabilité de ce principe. Les États-Unis soutiennent que la quatrième phrase de l'article 46 est applicable en vertu de la première phrase de l'article 59.<sup>347</sup> La Chine considère que les douanes ne sont pas assujetties aux principes énoncés dans la quatrième phrase de l'article 46.<sup>348</sup> Le Groupe spécial a constaté que la quatrième phrase de l'article 46 est effectivement applicable et il interprétera maintenant le principe qui y est énoncé.

7.362 La quatrième phrase de l'article 46 se lit ainsi:

"Pour 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."

7.363 L'expression "marchandises de marque contrefaites" est définie de la manière suivante dans la note de bas de page 14 a) de l'Accord sur les ADPIC:

"Aux fins du présent accord:

a) l'expression "marchandises de marque contrefaites" s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation."

7.364 Passant aux mesures en cause, le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut, au paragraphe 7.225, selon lesquelles les mesures en cause s'appliquaient aux marchandises de marque contrefaites, entre autres choses, ainsi qu'aux paragraphes 7.331 et suivants, selon lesquelles les mesures autorisaient la vente aux enchères de ces marchandises. À cet égard, l'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes dispose ce qui suit:

"Lorsque les marchandises confisquées qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que le détenteur du droit de propriété intellectuelle n'a pas l'intention de les acheter, les douanes peuvent, *après avoir éliminé les éléments contrefaits*, les vendre aux enchères, conformément à la loi."<sup>349</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.365 Il semble clair d'après cette disposition que l'élimination des éléments contrefaits est une condition liée à la vente aux enchères des marchandises qui ont été confisquées par les douanes. L'article 27 du Règlement sur la protection des DPI par les douanes est appliqué et confirmé par l'article 30(2) des Mesures de mise en œuvre<sup>350</sup>, et il est expressément confirmé par le dispositif du premier paragraphe de l'Avis au public n° 16/2007, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

---

<sup>347</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 175 à 178.

<sup>348</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 218 à 222.

<sup>349</sup> Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>350</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.194.

"Lorsque les marchandises contrefaites confisquées sont vendues aux enchères par les douanes, celles-ci éliminent complètement tous les éléments contrefaits apposés sur les marchandises et leur emballage en appliquant rigoureusement l'article 27 du Règlement, y compris en éliminant les éléments qui portent atteinte à une marque de fabrique ou de commerce, à un droit d'auteur, à un brevet ou à d'autres droits de propriété intellectuelle."<sup>351</sup>

7.366 Il n'est pas contesté que toutes les fois qu'elles vendent aux enchères des marchandises qu'elles ont confisquées au titre des mesures en cause, les douanes retirent d'abord les éléments contrefaits.<sup>352</sup> Il est clair, d'après le libellé des mesures, que l'expression "éléments contrefaits" désigne les éléments qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle visé par les mesures, y compris non seulement les marques de fabrique ou de commerce, mais aussi les droits d'auteur et les brevets. S'agissant des marchandises de marque contrefaites, il semble évident que les éléments contrefaits comprendront les marques de fabrique ou de commerce contrefaites. Par conséquent, le fait qu'il soit question dans les mesures d'"éléments" contrefaits n'indique pas que les douanes éliminent quelque chose d'autre que la marque contrefaite en pareils cas. La Chine a confirmé qu'"en ce qui concerne les marchandises de marque contrefaites, l'élimination des éléments contrefaits s'entend du retrait de la marque de fabrique ou de commerce contrefaite des marchandises".<sup>353</sup>

7.367 En conséquence, dans la mesure où l'état des marchandises de marque contrefaites est concerné, la seule action entreprise avant la vente aux enchères est le retrait de la marque de fabrique ou de commerce. La question qui se pose est celle de savoir si cela est assimilable au "simple fait" de retirer la marque, au sens de la quatrième phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC.

7.368 La Chine fait valoir que ses mesures ne prévoient pas le "simple" retrait de la marque, étant donné qu'elles donnent aussi au titulaire de la marque la possibilité de présenter des observations avant la vente aux enchères.<sup>354</sup> Cette procédure est établie par le dispositif du deuxième paragraphe de l'Avis au public n° 16/2007.<sup>355</sup> La Chine ne prétend pas que les douanes sont tenues de prendre en considération les observations éventuellement formulées par le détenteur du droit.<sup>356</sup>

7.369 Le Groupe spécial note que le mot "simple" peut être défini ainsi: "with nothing added; unqualified; neither more nor less than; mere, pure" (sans que rien n'ait été ajouté; sans réserve; ni plus ni moins que; qui n'est pas composé, pur).<sup>357</sup> Une situation dans laquelle une marque de fabrique ou de commerce est retirée d'une marchandise et dans laquelle aucune autre mesure n'est prise sera assimilable au "simple" fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce. Par conséquent, la position préliminaire du Groupe spécial est que l'élimination des éléments contrefaits au titre des mesures en cause est assimilable au "simple" fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce, comme cela est envisagé dans la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée par l'article 59.

7.370 Il est inévitable que les autorités d'un Membre exerçant leur pouvoir dans le cadre de l'article 59 prendront certaines mesures de nature procédurale lorsqu'elles introduiront les

---

<sup>351</sup> Traduction mutuellement convenue n° 8, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>352</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 56; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 169; première communication écrite de la Chine, paragraphe 224; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 194.

<sup>353</sup> Réponse de la Chine à la question n° 34.

<sup>354</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 224.

<sup>355</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.195.

<sup>356</sup> Par exemple, dans une affaire relative à des cadenas contrefaits, le détenteur du droit s'est opposé à la vente aux enchères et il a offert d'acheter les marchandises. Néanmoins, les douanes de Jinhua (金华) ont plutôt décidé de détruire les marchandises (voir la pièce CHN-94).

<sup>357</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

marchandises dans les circuits commerciaux, par exemple en les transférant physiquement à la garde d'un tiers. La question qui se pose est de savoir: quelles sont les autres mesures qui feront que le retrait de la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite ne sera pas un "simple" retrait.

7.371 Le contexte de la quatrième phrase de l'article 46 montre que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite "ne sera pas suffisant" pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux. Le texte n'interdit pas en soi l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux. Au lieu de cela, en traitant expressément du cas des marchandises de marque contrefaites et en indiquant ce qui n'est "pas suffisant" pour permettre leur introduction dans les circuits commerciaux, la disposition autorise implicitement l'introduction de ces marchandises dans les circuits commerciaux lorsque les autorités font plus que de simplement retirer la marque de fabrique ou de commerce.

7.372 Le retrait de la marque de fabrique ou de commerce garantirait que les marchandises ne portent pas atteinte aux droits exclusifs énoncés dans l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, la quatrième phrase de l'article 46 dispose que cela ne sera *pas* suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles. Le fait que les négociateurs ont inclus une exigence additionnelle montre que ce principe vise à obtenir plus que la simple cessation de l'atteinte.

7.373 Le contexte de l'article 46 montre que la quatrième phrase est l'une d'une série d'énonciations d'un objectif établi au début de cet article, à savoir "créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits". Lorsque des marchandises de marque contrefaites sont introduites dans les circuits commerciaux après que la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite a simplement été retirée, une marque identique peut être produite ou importée séparément et apposée de nouveau de manière illicite, souvent avec une relative facilité, de sorte que les marchandises porteront de nouveau atteinte aux droits.

7.374 Ce problème concerne en particulier les marchandises de marque contrefaites parce que, comme il est dit dans la définition de "marchandises de marque contrefaites" figurant dans la note de bas de page 14 a) de l'Accord sur les ADPIC, la marque de fabrique ou de commerce contrefaite est *identique* à la marque de fabrique ou de commerce valable ou ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque valable. Les marchandises de marque contrefaites sont plus susceptibles d'imiter l'apparence des marchandises authentiques d'une manière générale, et pas seulement parce qu'une marque contrefaite y est apposée, car la probabilité qu'une marchandise de marque contrefaite induise le consommateur en erreur est fonction de la mesure dans laquelle tous ses éléments, qu'ils soient contrefaits ou non, ressemblent à la marchandise authentique. Lorsque la marque contrefaite est retirée, les marchandises peuvent encore ressembler si étroitement à la marchandise authentique qu'il existe un risque accru de nouvelles atteintes, si une marque contrefaite y est apposée de nouveau. Bien que cela puisse être vrai également d'autres marchandises non contrefaites, les marchandises confisquées par les douanes sont déjà contrefaites et sont introduites dans les circuits commerciaux. Les négociateurs ont évidemment estimé que le risque accru de nouvelles atteintes justifiait des mesures additionnelles visant à créer un moyen de dissuasion efficace contre de nouvelles atteintes.

7.375 Au vu de l'objectif, le "simple" fait de retirer la marque évoque principalement le fait que l'état des marchandises n'est altéré d'aucune autre façon, de sorte que l'absence de la marque ne constitue pas un moyen de dissuasion efficace contre de nouvelles atteintes aux droits. Le retrait de la marque n'est pas un "simple" retrait si l'état des marchandises est altéré suffisamment pour dissuader de nouvelles atteintes aux droits.

7.376 Cette interprétation est corroborée par la deuxième phrase de l'article 59, qui traite de la même question, encore que dans un contexte différent, et qui dispose ce qui suit:

"Pour ce qui est des marchandises de marque contrefaites, les autorités ne permettront pas la réexportation *en l'état* des marchandises en cause, ni ne les assujettiront à un autre régime douanier, sauf dans des circonstances exceptionnelles." (pas d'italique dans l'original)

7.377 Cette phrase traite du même problème fondamental que la quatrième phrase de l'article 46. Elle confirme que l'état des marchandises de marque contrefaites est l'élément pertinent à prendre en considération, même si l'obligation figurant dans la deuxième phrase de l'article 59 est énoncée en termes moins précis pour ce qui est du retrait de la marque, ce qui donne à entendre que "le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce" est un exemple de moyen d'altérer l'état des marchandises contrefaites. Toutefois, dans le présent différend, l'obligation applicable se trouve dans la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée par l'article 59.

7.378 La Chine fait valoir que les détenteurs de droits sont légalement en droit d'être protégés des marchandises qui portent atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle, mais non pas des marchandises n'arborant pas de marques qui n'y portent pas atteinte.<sup>358</sup>

7.379 Le Groupe spécial note que la quatrième phrase de l'article 46, en raison même des termes particuliers qui y sont employés, ne peut pas être réduite à une action visant à rendre les marchandises non contrefaites, ce qui pourrait être obtenu en retirant simplement la marque de fabrique ou de commerce. La quatrième phrase de l'article 46 impose plutôt une exigence additionnelle qui ne consiste pas seulement à rendre les marchandises non contrefaites, afin d'éviter que ces marchandises ne servent à commettre de nouveaux actes de contrefaçon. Par conséquent, il n'est pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, de démontrer que les marchandises dont il a déjà été constaté qu'elles étaient contrefaites n'arborent plus de marques par la suite. L'introduction de telles marchandises dans les circuits commerciaux, même si elles ne portent peut-être plus atteinte aux droits exclusifs résultant de l'article 16 de l'Accord sur les ADPIC, ne sera pas conforme à l'exigence énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée par l'article 59.

7.380 Passant aux mesures en cause, le Groupe spécial observe que la procédure permettant de solliciter des observations des détenteurs de droits n'influe pas sur l'état des marchandises et que les autorités ne sont pas tenues non plus de prendre en considération les observations du détenteur du droit. Par conséquent, cela est sans rapport avec la question de savoir si les mesures en cause prévoient "le simple [retrait de] la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite".

7.381 La Chine affirme qu'un prix de réserve est fixé pour la vente aux enchères des marchandises qui ont été confisquées par les douanes, ce qui fait en sorte que les contrevenants n'ont pas la possibilité d'acheter les marchandises saisies à un prix abusivement bas et d'y apposer de nouveau des marques contrefaites.<sup>359</sup>

7.382 Le Groupe spécial n'est pas de cet avis. Comme la Chine elle-même l'a dit dans la communication qu'elle a présentée à titre de réfutation, "le principe même de la protection conférée par la marque est que la marque différencie la marchandise et permet d'obtenir une majoration de prix sensible sur le marché".<sup>360</sup> Le Groupe spécial fait observer qu'une marque contrefaite vise à obtenir cette prime économique, en totalité ou en partie. Lorsque la marque contrefaite est retirée, la valeur de la marchandise s'en trouve diminuée et elle est inférieure à la valeur marchande qu'elle aurait si elle était revendue après y avoir apposé de nouveau une marque contrefaite. En d'autres termes, il demeure économiquement rentable pour l'importateur ou un tiers d'acheter les marchandises à une

---

<sup>358</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 195.

<sup>359</sup> Première déclaration orale de la Chine, paragraphe 77; première communication écrite de la Chine, paragraphes 170 et 171.

<sup>360</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 196.

vente aux enchères et d'y apposer de nouveau les marques afin de commettre de nouvelles atteintes, le risque que cela ne se produise étant accru, comme nous l'avons vu plus haut au paragraphe 7.374. Au demeurant, rien ne prouve que les prix établis à l'aide de la méthode retenue par les douanes chinoises soient élevés au point qu'il ne soit plus économiquement rentable d'acheter les marchandises et d'y apposer de nouveau des marques.<sup>361</sup>

7.383 La Chine fait valoir que les mesures en cause empêchent que le contrevenant ne récupère à vil prix la marchandise saisie et dissuadent efficacement les atteintes aux droits en faisant en sorte que les contrevenants ne retirent aucun avantage économique.<sup>362</sup>

7.384 Le Groupe spécial observe qu'il n'est aucunement fait mention du contrevenant initial dans l'obligation applicable ni dans l'objectif énoncé à l'article 46. Il n'y a aucune raison de supposer que le texte vise à dissuader uniquement l'importateur, et non pas d'autres personnes, comme les acheteurs à la vente aux enchères, de porter atteinte aux droits. L'emploi du mot "introduction" dans les circuits commerciaux ne suppose pas pareille limitation, car la phrase se lit ainsi: "introduction dans les circuits commerciaux", et non pas, "remise à l'importateur".<sup>363</sup>

7.385 Par conséquent, le Groupe spécial estime que, pour ce qui est des marchandises de marque contrefaites, les mesures douanières de la Chine disposent que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite est suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

7.386 Le Groupe spécial ne conclut pas sur cette seule base que les mesures en cause sont incompatibles avec l'exigence énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée par l'article 59, parce que cette phrase contient le membre de phrase "si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles". Ce membre de phrase, lu dans son contexte, implique que, "dans des circonstances exceptionnelles", le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite *peut* être suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

7.387 Les États-Unis, en réponse à une question, font valoir que le sens ordinaire du mot "exceptionnel" donne à entendre que les circonstances ont quelque chose d'inhabituel ou de spécial, et non pas qu'il peut y avoir un nombre négligeable de cas dans lesquels il serait admissible d'introduire les marchandises dans les circuits commerciaux normaux après avoir simplement retiré la marque contrefaite. Si l'intention des négociateurs avait été de se référer au nombre de cas, on aurait pu

---

<sup>361</sup> Les mesures particulières régissant l'établissement de prix de réserve aux fins de la vente aux enchères de marchandises confisquées par les douanes sont énoncées dans les Mesures de gestion des biens confisqués par les douanes. Ce sont des mesures internes de l'Administration générale des douanes, élaborées en 2003 conformément à la Loi douanière, à la Loi sur les sanctions administratives et à la Loi sur les ventes aux enchères (voir la pièce CHN-100). L'article 18 de ces mesures dispose ce qui suit:

"Un prix de réserve est fixé pour les biens confisqués dont la vente aux enchères est autorisée. S'il faut procéder à une estimation conformément aux dispositions applicables de la législation et de la réglementation, une entité légalement constituée chargée d'estimer les prix est autorisée à procéder à cette estimation. Dans le cas où plusieurs maisons de vente aux enchères soumissionnent pour obtenir le droit de procéder à la vente aux enchères, les prix soumissionnés sont comparés aux prix estimatifs, le prix le plus élevé étant retenu comme prix de réserve. S'il y a plusieurs soumissionnaires, le prix de réserve est déterminé raisonnablement sur la base du prix estimatif fourni par l'entité chargée d'estimer les prix." (note de bas de page omise) Voir la traduction mutuellement convenue n° 9, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>362</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 218.

<sup>363</sup> Comme il est noté plus haut au paragraphe 7.276, l'emploi du mot "introduction" dans l'article 46 et, partant, tel qu'il est incorporé dans l'article 59, a un sens plus large que la simple remise à l'importateur.

s'attendre à ce qu'ils rédigent la disposition en employant plutôt des termes comme "si ce n'est dans un nombre très limité de cas" ou "si ce n'est dans un nombre négligeable de cas".<sup>364</sup>

7.388 La Chine, répondant à la même question, soutient que le sens ordinaire d'"exceptionnel" comprend "spécial", ce qui tend à indiquer un critère qualitatif, et "inhabituel", qui évoque la fréquence et tend à indiquer un critère quantitatif. Une interprétation qui tient compte de l'ensemble des circonstances et une interprétation qui tient compte du nombre de cas sont toutes deux compatibles avec le sens courant de l'expression "circonstances exceptionnelles".<sup>365</sup>

7.389 Le Groupe spécial note que le membre de phrase "si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles", interprété dans son contexte, désigne un sous-ensemble de cas visés par la quatrième phrase de l'article 46, tel qu'il est incorporé par l'article 59, à savoir les cas dans lesquels les autorités compétentes d'un Membre à la frontière permettent l'introduction dans les circuits commerciaux de marchandises dont il a été constaté qu'elles constituaient des marchandises de marque contrefaites. La question est comment définir les circonstances qui peuvent être jugées "exceptionnelles".

7.390 Le mot "exceptionnel" peut être défini ainsi: "of the nature of or forming an exception; unusual, out of the ordinary; special;" (qui est fait à titre exceptionnel ou qui constitue une exception; inhabituel, hors de l'ordinaire; spécial);<sup>366</sup> Cette définition n'explique pas *en quoi* un cas doit être différent des autres cas pour être jugé "exceptionnel" au sens de la quatrième phrase de l'article 46. En outre, la question de savoir à *quel point* un cas doit être différent des autres est également une question de degré.

7.391 Le Groupe spécial estime que le membre de phrase "si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles", tout comme le reste du principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46, doit être interprété à la lumière de l'objectif de cet article, qui est de "créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits". Il se peut fort bien dans certains cas que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce avant d'introduire les marchandises dans les circuits commerciaux ne donne pas lieu à de nouvelles atteintes. Ainsi, l'importateur naïf qui a été convaincu au moyen d'arguments fallacieux d'acheter une expédition de marchandises contrefaites, qui ne dispose d'aucune voie de recours contre l'exportateur et qui ne dispose d'aucun moyen d'apposer de nouveau sur les marchandises les marques contrefaites, pourrait constituer pareil exemple.<sup>367</sup> Toutefois, ces cas doivent être circonscrits de façon bien précise pour pouvoir être qualifiés d'"exceptionnels". Même circonscrite de façon bien précise, l'application de la disposition pertinente doit être rare, de crainte que ce qu'il est convenu d'appeler une exception ne devienne la règle, ou du moins quelque chose d'ordinaire.

7.392 Le Groupe spécial ne considère pas que l'existence de "circonstances exceptionnelles", aux fins de la quatrième phrase de l'article 46, puisse être démontrée uniquement à partir de la faible proportion de cas dans lesquels le simple fait de retirer la marque est jugé suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux. Premièrement, l'existence de "circonstances exceptionnelles", au sens de la quatrième phrase de l'article 46, tel qu'il est incorporé par l'article 59, n'est pas déterminée en fonction d'une proportion de l'ensemble des saisies de marchandises contrefaites à la frontière. Deuxièmement, pareille approche en ce qui concerne des marchandises dont il a déjà été constaté qu'elles constituaient des marchandises de marque

---

<sup>364</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 86.

<sup>365</sup> Réponse de la Chine à la question n° 86.

<sup>366</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

<sup>367</sup> Sans préjuger de la pertinence des déclarations faites par les différents participants aux négociations, le Groupe spécial note que la Chine a cité cet exemple tiré de l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC (voir la communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 211 à 213).

contrefaites reviendrait à établir une marge de tolérance concernant de nouvelles atteintes, laquelle ne serait pas compatible avec l'objectif de l'article 46, qui est de créer un moyen de dissuasion efficace.

7.393 Par conséquent, le Groupe spécial estime, s'agissant des marchandises de marque contrefaites, que les mesures douanières de la Chine prévoient que le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite est suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux, et pas seulement dans des "circonstances exceptionnelles".

7.394 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial conclut que les mesures douanières sont incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où celui-ci incorpore le principe énoncé dans la *quatrième* phrase de l'article 46.

### 3. Conclusions relatives aux mesures douanières

7.395 Le Groupe spécial rappelle les conclusions qu'il a formulées plus haut au paragraphe 7.231, 7.355 et 7.394 selon lesquelles:

- a) l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC ne s'applique pas aux mesures douanières dans la mesure où ces mesures s'appliquent aux marchandises destinées à l'exportation;
- b) les États-Unis n'ont pas établi que les mesures douanières sont incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où celui-ci incorpore les principes énoncés dans la *première* phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC; et
- c) les mesures douanières sont incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où celui-ci incorpore le principe énoncé dans la *quatrième* phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC.

## C. SEUILS D'INFRACTION PÉNALE

### 1. Description des mesures en cause

#### a) Introduction

7.396 La présente section des constatations du Groupe spécial est consacrée aux seuils d'infraction pénale établis par les mesures indiquées ci-après. La **Loi pénale** chinoise a été adoptée par l'Assemblée populaire nationale en 1979, révisée par elle en 1997 et promulguée par Décret du Président de la République populaire de Chine en 1997. La Loi pénale se divise en deux parties: la première partie contient les "Dispositions générales" et la seconde les "Dispositions particulières". Le chapitre III de la seconde partie porte sur les "Délits contre l'ordre de l'économie socialiste de marché", et la section 7 de ce chapitre III traite des "Délits contre la propriété intellectuelle" et comprend les articles 213 à 220 qui seront examinés plus loin.

7.397 L'Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application concrète de la loi dans le traitement des affaires pénales d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle (Interprétation n° 19 [2004] de la Cour populaire suprême) ("**Interprétation judiciaire n° 19 [2004]**") a été adoptée en novembre 2004 et elle est entrée en vigueur en décembre 2004. Elle donne une interprétation de certains termes utilisés dans les articles 213 à 219 de la Loi pénale et traite également de diverses autres questions.

7.398 L'Interprétation par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême de plusieurs questions relatives à l'application concrète de la loi dans le traitement des affaires pénales d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle – II (Interprétation n° 6 [2007] de la Cour populaire suprême) ("**Interprétation judiciaire n° 6 [2007]**") a été adoptée et est entrée en vigueur en avril 2007. Elle donne une interprétation de certains termes utilisés à l'article 217 de la Loi pénale et traite également de diverses autres questions.

b) Dispositions relatives aux marques

i) *Utilisation d'une marque contrefaite*

7.399 L'article 213 de la Loi pénale peut se traduire comme suit:

"Quiconque, sans l'autorisation du propriétaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée, utilise une marque identique à la marque enregistrée pour des produits de même nature encourt, si *les circonstances sont graves*, une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement; si les circonstances sont particulièrement graves, le contrevenant encourt une peine d'emprisonnement à temps de trois à sept ans, ainsi qu'une amende."<sup>368</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.400 L'article premier de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui donne une interprétation du membre de phrase "les circonstances sont graves" figurant à l'article 213 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque, sans l'autorisation du propriétaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée, utilise une marque identique à la marque enregistrée pour des produits de même nature, dans n'importe lesquelles des circonstances suivantes qui sont réputées être "les circonstances graves" visées à l'article 213 de la Loi pénale, encourt une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle pour le délit de contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement:

1) le *volume des activités commerciales illicites* est égal ou supérieur à 50 000 yuan<sup>369</sup> ou le *montant des gains illicites* est égal ou supérieur à 30 000 yuan;

2) en cas de contrefaçon de plusieurs marques enregistrées, le *volume des activités commerciales illicites* est égal ou supérieur à 30 000 yuan ou le *montant des gains illicites* est égal ou supérieur à 20 000 yuan;

3) autres circonstances graves."<sup>370</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.401 L'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui définit les termes "volume des activités commerciales illicites", peut se traduire comme suit:

"Le "volume des activités commerciales illicites" s'entend ici de la valeur des produits contrefaits fabriqués, entreposés, transportés ou vendus lors de la commission de l'acte portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle. La valeur des produits contrefaits vendus est calculée à partir du prix de vente effectif. La valeur des

---

<sup>368</sup> Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>369</sup> Soit 6 250 dollars EU au taux de change moyen du marché (8,013 ¥/\$EU pour 2004-2007).

<sup>370</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

produits contrefaits fabriqués, entreposés, transportés et invendus est établie en fonction du prix affiché ou de la moyenne des prix de vente effectifs des produits contrefaits, après vérification. Si aucun prix n'est affiché sur les produits contrefaits ou qu'il est impossible de vérifier les prix de vente effectifs, le prix des produits contrefaits est établi en fonction du prix moyen sur le marché des produits auxquels il est porté atteinte."<sup>371</sup>

7.402 L'article 17 de l'Interprétation judiciaire n° 30 [1998]<sup>372</sup>, qui définit les termes "montant des gains illicites", peut se traduire comme suit:

"Le "montant des gains illicites" aux fins de la présente interprétation s'entend du montant des profits réalisés."<sup>373</sup>

ii) *Vente de produits portant des marques contrefaites*

7.403 L'article 214 de la Loi pénale peut se traduire comme suit:

"Quiconque vend sciemment<sup>374</sup> des produits portant des marques de fabrique ou de commerce enregistrées contrefaites encourt, si *le montant des ventes est relativement élevé*, une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement; si le montant des ventes est considérable, il encourt une peine d'emprisonnement à temps de trois à sept ans ainsi qu'une amende."<sup>375</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.404 L'article 2 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui donne une interprétation du membre de phrase "le montant est relativement élevé" figurant à l'article 214 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque vend sciemment des produits portant des marques de fabrique ou de commerce enregistrées contrefaites, si le montant des ventes est égal ou supérieur à 50 000 yuan, montant qui est réputé être le "montant relativement élevé" visé à l'article 214 de la Loi pénale, encourt une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle pour le délit de vente de produits portant une marque enregistrée contrefaite, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement."<sup>376</sup>

iii) *Contrefaçon de marques et vente de marques contrefaites*

7.405 L'article 215 de la Loi pénale peut se traduire comme suit:

"Quiconque contrefait des marques de fabrique ou de commerce enregistrées d'autrui ou, sans son autorisation, fait des reproductions de ces marques ou en vend des reproductions contrefaites ou faites sans autorisation encourt, si *les circonstances sont*

---

<sup>371</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>372</sup> L'Interprétation par la Cour populaire suprême de certaines questions relatives à l'application concrète de la loi dans le jugement d'affaires pénales mettant en cause les publications illégales (Interprétation n° 30 [1998] de la Cour populaire suprême), reproduite dans les pièces US-4 et CHN-3.

<sup>373</sup> Traduction mutuellement convenue n° 4, pour ce qui est de la version anglaise. Les parties conviennent que cette définition est applicable dans le cadre de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]; voir les réponses respectives des États-Unis et de la Chine à la question n° 3 a).

<sup>374</sup> Note de la traduction mutuellement convenue, pour ce qui est de la version anglaise: voir l'article 9 de l'Interprétation judiciaire de 2004.

<sup>375</sup> Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>376</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

*graves*, une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans, de détention criminelle ou de surveillance publique ainsi qu'une amende, ou une amende seulement; si les circonstances sont particulièrement graves, le contrevenant encourt une peine d'emprisonnement à temps de trois à sept ans ainsi qu'une amende."<sup>377</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.406 L'article 3 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui donne une interprétation du membre de phrase "les circonstances sont graves" figurant à l'article 215 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque contrefait des marques de fabrique ou de commerce enregistrées d'autrui ou, sans son autorisation, fait des reproductions de ces marques ou en vend, dans n'importe lesquelles des circonstances suivantes qui sont réputées être "les circonstances graves" visées par l'article 215 de la Loi pénale, encourt une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans, de détention criminelle ou de surveillance publique pour le délit de production illégale ou de vente de reproductions faites illégalement des marques enregistrées, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement:

- 1) contrefaire ou, sans autorisation, faire des reproductions de marques enregistrées ou vendre de telles reproductions en quantité égale ou supérieure à 20 000 pièces, ou pour un *volume d'activités commerciales illicites* égal ou supérieur à 50 000 yuan, ou pour un *montant de gains illicites* égal ou supérieur à 30 000 yuan;
- 2) contrefaire ou, sans autorisation, faire plusieurs sortes de reproductions de marques enregistrées ou vendre de telles reproductions en quantité égale ou supérieure à 10 000 *pièces*, ou pour un *volume d'activités commerciales illicites* égal ou supérieur à 30 000 yuan, ou pour un *montant de gains illicites* égal ou supérieur à 20 000 yuan;
- 3) autres circonstances graves."<sup>378</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.407 L'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] définit l'expression "volume des activités commerciales illicites" dont il est fait mention plus haut au paragraphe 7.401. L'article 17 de l'Interprétation judiciaire n° 30 [1998] définit les termes "montant des gains illicites" dont il est fait mention plus haut au paragraphe 7.402. L'article 12(3) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui définit le mot "pièce", peut se traduire comme suit:

"Pièce" (件)<sup>379</sup>, à l'article 3, s'entend d'une reproduction reprenant le dessin complet de la marque."<sup>380</sup>

- c) Dispositions relatives au droit d'auteur
- i) *Infraction pénale au droit d'auteur*

7.408 L'article 217 de la Loi pénale peut se traduire comme suit:

---

<sup>377</sup> Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>378</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>379</sup> Note de la traduction mutuellement convenue; dans ce contexte, pièce (件) est un "terme de métrologie" désignant une reproduction de marque.

<sup>380</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

"Quiconque, dans un but lucratif, commet l'un quelconque des actes suivants d'atteinte au droit d'auteur encourt, si *le montant des gains illicites est relativement élevé*, ou *s'il existe d'autres circonstances graves*, une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement; si le montant des gains illicites est considérable ou s'il existe d'autres circonstances particulièrement graves, le contrevenant encourt une peine d'emprisonnement à temps de trois à sept ans ainsi qu'une amende:

- 1) la reproduction [/<sup>381</sup> la distribution d'œuvres écrites, d'œuvres musicales, d'œuvres cinématographiques, d'œuvres télévisuelles ou vidéo, de logiciels informatiques ou d'autres œuvres sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur;
- 2) la publication d'un livre sur lequel une autre personne jouit du droit exclusif de publication;
- 3) la reproduction [/] la distribution d'enregistrements audio [/] vidéo réalisés par une autre personne, sans l'autorisation de celle-ci;
- 4) la confection, la vente<sup>382</sup> d'une œuvre d'art portant la fausse signature d'une autre personne."<sup>383</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.409 L'article 5 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui donne une interprétation des membres de phrase "le montant des gains illicites est relativement élevé" et "il existe d'autres circonstances graves" figurant à l'article 217 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque, dans un but lucratif, commet l'un quelconque des actes suivants d'atteinte au droit d'auteur visés à l'article 217 de la Loi pénale, si le *montant des gains illicites* est égal ou supérieur à 30 000 yuan, montant qui est réputé constituer un "montant de gains illicites relativement élevé", encourt, dans n'importe lesquelles des circonstances suivantes qui sont réputées constituer d'"autres circonstances graves", une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle pour le délit d'atteinte au droit d'auteur, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement:

- 1) le *volume des activités commerciales illicites* est égal ou supérieur à 50 000 yuan;
- 2) la reproduction [/] la distribution, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, d'une œuvre écrite, d'une œuvre musicale, d'une œuvre cinématographique, d'une œuvre télévisuelle ou autre œuvre vidéo, de logiciels informatiques et d'autres œuvres en un nombre d'exemplaires égal ou supérieur à 1 000<sup>384</sup> 张 (份)<sup>385</sup> au total;

---

<sup>381</sup> Les parties ont indiqué oralement au Groupe spécial à sa deuxième réunion de fond que l'emploi du signe "[/]" dans les traductions mutuellement convenues n° 1, 2 et 3, ne marquait pas un désaccord, mais indiquait seulement qu'il n'y avait pas le mot "et" dans la version originale.

<sup>382</sup> Note de la traduction mutuellement convenue; il n'y a dans le texte chinois ni le mot "et", ni le mot "ou", entre "la confection" et "la vente", mais seulement une virgule d'énumération (、) ou le signe 顿号 qui n'a pas d'équivalent exact en anglais.

<sup>383</sup> Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>384</sup> Le nombre "1 000" a été remplacé par le nombre "500"; voir ci-après les paragraphes 7.411 et 7.412.

3) autres circonstances graves.<sup>386</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.410 L'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] définit l'expression "volume des activités commerciales illicites" dont il est fait mention plus haut au paragraphe 7.401. L'article 17 de l'Interprétation judiciaire n° 30 [1998] définit l'expression "montant des gains illicites" dont il est fait mention plus haut au paragraphe 7.402.

7.411 L'article premier de l'Interprétation judiciaire n° 6 [2007], qui réinterprète le membre de phrase "il existe d'autres circonstances graves" figurant à l'article 217 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque, dans un but lucratif, reproduit [/] distribue, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une œuvre écrite, une œuvre musicale, une œuvre cinématographique, une œuvre télévisuelle ou vidéo, un logiciel informatique ou d'autres œuvres en quantité égale ou supérieure à 500 张 (份)<sup>387</sup> [commet une infraction] dont les circonstances sont réputées constituer les "autres circonstances graves" visées à l'article 217 de la Loi pénale ..."<sup>388</sup>

7.412 Le nombre "500" figurant dans cette disposition s'oppose au nombre "1 000" qui figurait dans l'Interprétation judiciaire antérieure. Le nombre "500" l'emporte donc en vertu de l'article 7 de l'Interprétation judiciaire n° 6 [2007], qui peut se traduire comme suit:

"Lorsqu'une interprétation judiciaire promulguée antérieurement est en contradiction avec la présente Interprétation, c'est cette dernière qui prime."<sup>389</sup>

ii) *Vente de reproductions portant atteinte au droit d'auteur*

7.413 L'article 218 de la Loi pénale peut se traduire comme suit:

"Quiconque, dans un but lucratif, vend des reproductions portant atteinte aux droits sachant qu'il s'agit des reproductions visées à l'article 217 de la présente loi, encourt, si *le montant des gains illicites est considérable*, une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement."<sup>390</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.414 L'article 6 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], qui donne une interprétation de l'expression "le montant des gains illicites est considérable" figurant à l'article 218 de la Loi pénale, peut se traduire comme suit:

"Quiconque, dans un but lucratif, commet l'un quelconque des actes visés à l'article 218 de la Loi pénale, si le montant des gains illicites est égal ou supérieur à 100 000 yuan, montant réputé constituer le "montant des gains illicites considérable",

---

<sup>385</sup> Note de la traduction mutuellement convenue; 张 est un "terme de métrologie" chinois couramment utilisé pour compter les objets plats (disques optiques, pages, etc.) et 份 est un "terme de métrologie" utilisé pour compter les exemplaires en général.

<sup>386</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>387</sup> Note de la traduction mutuellement convenue; 张 est un "terme de métrologie" chinois couramment utilisé pour compter les objets plats (disques optiques, pages, etc.) et 份 est un "terme de métrologie" utilisé pour compter les exemplaires en général.

<sup>388</sup> Traduction mutuellement convenue n° 2, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>389</sup> Traduction mutuellement convenue n° 2, pour ce qui est de la version anglaise, et réponses respectives des parties à la question n° 3 a).

<sup>390</sup> Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

encourt une peine d'emprisonnement à temps n'excédant pas trois ans ou de détention criminelle pour le délit de vente de reproductions portant atteinte aux droits, ainsi qu'une amende, ou une amende seulement."<sup>391</sup>

d) Délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle commis par un groupe

7.415 Le mandat du Groupe spécial fait aussi mention de l'article 220 de la Loi pénale, qui concerne les délits définis aux articles 213 à 219 lorsqu'ils sont commis par un groupe. Les États-Unis n'ayant pas demandé de mesure de réparation au titre de cet article, le Groupe spécial n'examinera pas cet aspect de la mesure.

## 2. Interprétation des mesures en cause

a) Introduction

7.416 Le Groupe spécial note que, par cette allégation, les mesures pénales chinoises sont contestées "en tant que telles". Les parties sont en désaccord sur certains aspects des mesures en cause. Aussi le Groupe spécial est-il tenu, conformément à son mandat, de procéder à une évaluation objective du sens des dispositions pertinentes de ces mesures. Le Groupe spécial rappelle les observations qu'il a formulées plus haut, au paragraphe 7.28, et confirme qu'il examine ces mesures uniquement afin d'en déterminer la conformité avec les obligations résultant pour la Chine de l'Accord sur les ADPIC.

b) Effet normatif des interprétations judiciaires

7.417 Selon la Constitution de la République populaire de Chine de 1982, l'Assemblée populaire nationale est l'organe suprême de la puissance publique, et son organe permanent est le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale. L'Assemblée populaire nationale exerce avec son Comité permanent le pouvoir législatif de l'État. Elle promulgue et modifie les lois fondamentales telles que la Loi pénale, tandis que son Comité permanent promulgue et modifie d'autres textes législatifs.<sup>392</sup>

7.418 En 1981, le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale a adopté une résolution sur l'amélioration de l'activité d'interprétation de la loi, par laquelle il a décidé ce qui suit:

"Les questions relatives à l'application concrète de la législation et des décrets dans les procédures judiciaires seront interprétées par la Cour populaire suprême. Les questions relatives à l'application concrète de la législation et des décrets dans la pratique des parquets seront interprétées par le Parquet populaire suprême."<sup>393</sup>

7.419 En 1997, la Cour populaire suprême a formulé certaines dispositions relatives à l'activité d'interprétation judiciaire. En mars 2007, elle les a remplacées par de nouvelles dispositions relatives à l'activité d'interprétation judiciaire, qui peuvent se traduire comme suit:

---

<sup>391</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>392</sup> Constitution de la République populaire de Chine de 1982, articles 62 et 67, expliquée dans le rapport du Secrétariat sur l'examen des politiques commerciales de la Chine, document WT/TPR/S/161, chapitre II 2), cité en référence dans la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22, et figurant dans la pièce US-16.

<sup>393</sup> Résolution adoptée en 1981 par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale sur l'amélioration de l'activité d'interprétation de la loi, paragraphe 2, reproduite dans la pièce US-13.

"Les interprétations judiciaires faites par la Cour populaire suprême déploient leurs effets juridiques."<sup>394</sup>

7.420 En 1996, le Parquet populaire suprême a formulé des dispositions provisoires relatives à l'activité d'interprétation judiciaire. En mai 2006, il les a remplacées par les dispositions relatives à l'activité d'interprétation judiciaire, qui peuvent se traduire comme suit:

"Les interprétations judiciaires faites par le Parquet populaire suprême déploient leurs effets juridiques. Les parquets populaires peuvent utiliser des dispositions d'interprétation judiciaire dans des documents tels que les actes d'accusation ou d'opposition."<sup>395</sup>

7.421 Tant les dispositions de la Cour populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire que les dispositions du Parquet populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire prévoient la formulation conjointe d'interprétations judiciaires par la Cour et le Parquet lorsqu'une question implique à la fois des activités judiciaires et de poursuite.<sup>396</sup>

7.422 Les États-Unis considèrent que, compte tenu de ce qui précède, les interprétations judiciaires en cause dans le présent différend sont contraignantes et ont force de loi.<sup>397</sup>

7.423 La Chine indique que les interprétations judiciaires sont publiées "en vue de garantir la compréhension et l'application uniformes de la loi".<sup>398</sup> La Chine n'est pas en désaccord avec la manière dont les États-Unis présentent la base légale et le caractère contraignant des interprétations judiciaires en cause dans leur première communication écrite.<sup>399</sup> La Chine confirme que, si un acte illicite n'atteint pas l'un des seuils applicables fixés dans les interprétations judiciaires en cause, cet acte ne peut légalement donner lieu à des poursuites.<sup>400</sup>

7.424 Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial constate que les interprétations judiciaires des articles de la Loi pénale en cause sont contraignantes et ont force de loi.

c) Seuils prévus de manière générale par la Loi pénale

7.425 La Chine a informé le Groupe spécial qu'elle applique à toute une gamme de délits commerciaux des seuils qui reflètent l'ampleur des conséquences de divers actes illicites pour l'ordre public et économique général et les priorités de la Chine en matière de répression, de poursuites pénales et de ressources judiciaires. La Chine considère que les seuils d'infraction pénale applicables à la contrefaçon et au piratage sont raisonnables et appropriés eu égard à ce cadre juridique et à ses autres lois réprimant les délits commerciaux.<sup>401</sup>

---

<sup>394</sup> Dispositions de la Cour populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire, article 5, 法发 [2007] n° 12, reproduites dans la pièce US-14.

<sup>395</sup> Dispositions du Parquet populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire, article 5, 高检发研字 [2006] n° 4, reproduites dans la pièce US-15.

<sup>396</sup> Dispositions de la Cour populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire (voir la référence dans la note de bas de page 394 ci-dessus), article 7, et dispositions du Parquet populaire suprême relatives à l'activité d'interprétation judiciaire (voir la référence dans la note de bas de page 395 ci-dessus), article 21.

<sup>397</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 24.

<sup>398</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 22.

<sup>399</sup> Réponse de la Chine à la question n° 10, dans laquelle il est fait référence aux paragraphes 20 à 24 de cette communication.

<sup>400</sup> Réponse de la Chine à la question n° 55.

<sup>401</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 122 à 127.

7.426 Les États-Unis répondent que ce que la Chine décide de faire sur le plan interne en ce qui concerne ses seuils d'infraction pénale dans les matières autres que la propriété intellectuelle est sans rapport avec l'évaluation par le Groupe spécial de la question de savoir si la Chine s'acquitte des obligations internationales résultant pour elle de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>402</sup>

7.427 Le Groupe spécial relève que la première partie de la Loi pénale contient des dispositions générales. La section 1 du chapitre II de cette première partie est intitulée "Infractions pénales et responsabilité pénale". L'article 13 définit les délits, et la fin de cet article peut se traduire comme suit:

"Toutefois, si les circonstances sont manifestement sans gravité et que le préjudice n'est pas grave, l'acte n'est pas considéré comme un délit."<sup>403</sup>

7.428 La Chine fait observer que, dans toute la Loi pénale, les définitions des différents délits s'accompagnent des règles à suivre pour déterminer à partir de quel point un comportement prohibé particulier devient assez grave pour constituer un délit.<sup>404</sup> Ces règles sont rassemblées et publiées dans les Normes relatives aux poursuites pénales. En réponse à une question du Groupe spécial, la Chine a indiqué que la plupart des dispositions de fond contenues dans le chapitre III sur les délits économiques, le chapitre V sur les atteintes à la propriété et la section 9 du chapitre VI sur la production, la vente et la diffusion de contenus pornographiques<sup>405</sup> font aussi l'objet de seuils particuliers comme ceux qui s'appliquent aux articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale en cause dans le présent différend.<sup>406</sup>

7.429 Le Groupe spécial relève que la Chine reconnaît que onze délits au total sur les 117 qui sont définis dans ces parties et cette section pertinentes de la Loi pénale ne font l'objet d'aucun seuil particulier.<sup>407</sup> En conséquence, si la Chine peut, pour des raisons d'opportunité interne, appliquer fréquemment des seuils pour définir le point à partir duquel de nombreuses catégories d'actes illicites sont considérées comme suffisamment graves pour être criminalisées, le cadre juridique de la Chine permet aussi la criminalisation de certains actes sans recours à des seuils.

d) Les seuils de condamnation ou d'aggravation des peines

7.430 Le Groupe spécial note que certains seuils prévus par la Loi pénale fixent les conditions minimales de condamnation ("seuils de condamnation"), tandis que d'autres fixent les conditions minimales d'élévation des peines ("seuils d'aggravation des peines"). La plupart des articles en cause ici établissent les deux types de seuils. Les seuils de condamnation sont les "circonstances graves" aux articles 213 et 215, le "montant relativement élevé des ventes" à l'article 214, le "montant relativement élevé des gains illicites" ou les "autres circonstances graves" à l'article 217 et le "montant considérable des ventes" à l'article 218. Les seuils d'aggravation des peines sont les "circonstances particulièrement graves" aux articles 213, 215 et 217 et le "montant considérable des ventes" à l'article 214.

---

<sup>402</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 100 à 102.

<sup>403</sup> Pièce CHN-1.

<sup>404</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 121.

<sup>405</sup> Les délits définis à la section 9 du chapitre VI de la seconde partie de la Loi pénale et les délits contre le droit d'auteur définis aux articles 217 et 218 ont été traités ensemble dans l'Interprétation judiciaire n° 30 [1998] (à laquelle il est fait référence plus haut dans la note de bas de page 372).

<sup>406</sup> Voir la réponse de la Chine à la question n° 57.

<sup>407</sup> Réponse de la Chine à la question n° 57.

7.431 Les États-Unis ne contestent que les seuils de condamnation, au motif que ceux-ci rendent impossibles les poursuites en l'absence de certains critères. En conséquence, le Groupe spécial n'examinera pas plus avant les seuils d'aggravation des peines.

e) Dispositions générales relatives aux infractions inchoatives

7.432 La Chine renvoie à certaines dispositions générales de la Loi pénale qui, selon elle, visent les infractions pénales aux droits de propriété intellectuelle: ce sont l'article 22 sur la préparation d'un délit et l'article 23 sur la tentative de délit qui peuvent déclencher des poursuites et sanctions pénales.<sup>408</sup>

7.433 Les États-Unis ont répliqué que la mesure dans laquelle ces dispositions générales sur les infractions inchoatives permettent de prendre en considération des preuves d'infraction *potentielle* est sans pertinence, puisque les seuils ont pour effet d'exclure la responsabilité pénale résultant de preuves d'infraction *effective*.<sup>409</sup> En réponse à une question, les États-Unis notent que ni la Loi pénale, ni l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], ni l'Interprétation judiciaire n° 6 [2007] ne contiennent de dispositions expresses relatives à la préparation et à la tentative punissables pour ce qui est des délits consommés de contrefaçon de marques et de piratage de droits d'auteur.<sup>410</sup>

7.434 Le Groupe spécial fait observer que la section 2 du chapitre II de la première partie de la Loi pénale définit trois infractions inchoatives: le délit de préparation, le délit de tentative et le délit d'interruption en cours d'exécution.<sup>411</sup> L'article 22 peut se traduire comme suit:

"La préparation du délit s'entend de la préparation des instruments ou de la création des conditions du délit.

La personne qui se rend coupable de préparation d'un délit peut, par rapport à l'auteur du délit consommé, recevoir une peine plus légère ou atténuée ou être dispensée de peine."<sup>412</sup>

7.435 Quant à l'article 23, il peut se traduire comme suit:

"Il y a tentative de délit lorsqu'une personne a déjà commencé à exécuter le délit, mais est empêchée de l'achever pour des raisons indépendantes de sa volonté.

L'auteur de la tentative de délit peut, par rapport à l'auteur du délit consommé, recevoir une peine plus légère ou atténuée."<sup>413</sup>

7.436 Le Groupe spécial relève que chacun de ces articles contient des dispositions qui semblent être d'application générale et qui ont trait explicitement à "un délit" (犯罪). Les articles auxquels la Chine fait référence ne fixent aucune limite expresse à certaines dispositions spécifiques de la Loi pénale. Ils font partie du chapitre II sur les "Délits", qui se trouve dans la première partie relative aux "Dispositions générales", dans laquelle sont également énoncés l'objet, les principes fondamentaux et le champ d'application de la Loi pénale (chapitre I), les dispositions régissant les peines (chapitre III) et les dispositions relatives à l'application concrète des peines (chapitre IV). Tels qu'ils sont libellés, il

---

<sup>408</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 35 à 37; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 36 à 41.

<sup>409</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 34.

<sup>410</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 8.

<sup>411</sup> Les parties ne se sont pas référées à l'article 24 en ce qui concerne l'interruption d'un délit en cours d'exécution.

<sup>412</sup> Pièce CHN-1.

<sup>413</sup> Pièce CHN-1.

n'y a aucun motif de supposer que les articles 22 et 23 ne s'appliquent pas aux atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle visés aux articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale. Cette interprétation est confirmée par des exemples de décisions judiciaires présentés par la Chine qui indiquent que les tribunaux appliquent les articles 22 et 23 de la Loi pénale dans des cas d'atteinte délictueuse aux droits de propriété intellectuelle.<sup>414</sup>

7.437 Le Groupe spécial relève aussi que la Chine a fait état des infractions que constituent la préparation d'un délit et la tentative de délit pour montrer qu'il peut être tenu compte de l'emballage et des composants du produit lorsqu'il s'agit de déterminer si des procédures pénales ont été prévues pour réprimer les atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle proprement dites. Toutefois, le Groupe spécial fait observer que la Chine n'a pas dit que les infractions que constituaient la préparation d'un délit et la tentative de délit faisaient que les activités n'atteignant pas les seuils fixés par les articles 213 à 220 pouvaient généralement faire l'objet de poursuites pénales.

f) Dispositions générales relatives aux associations de malfaiteurs

7.438 Le Japon, appuyé par les Communautés européennes, fait valoir que les seuils quantitatifs ne permettent pas de prendre en compte des actes de contrefaçon portant sur une valeur limitée ou sur de petites quantités et qui sont commis à une "échelle commerciale", étant donné qu'ils sont organisés de façon professionnelle ou en coopération systématique avec d'autres personnes.<sup>415</sup> Le Mexique estime en outre qu'une activité à petite échelle est "clairement significative" en ceci qu'elle contribue à la chaîne des infractions.<sup>416</sup>

7.439 En réponse aux communications de ces tierces parties, la Chine se réfère aux articles 25, 26 et 27 de la Loi pénale sur la responsabilité conjointe, les bandes organisées et les complices pour démontrer que la Loi pénale admet certains facteurs non quantitatifs, comme la preuve d'une collaboration entre les contrevenants.<sup>417</sup> La Chine soutient qu'ils s'appliquent aux délits portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle visés aux articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale.<sup>418</sup>

7.440 Les États-Unis répondent que cet argument est d'aucune conséquence en ce qui concerne les contrevenants qui agissent seuls. Tout ce que les éléments de preuve démontrent c'est que l'activité se situant en deçà du seuil pourrait être prise en compte si elle s'inscrivait dans le cadre d'une activité excédant le seuil.<sup>419</sup>

7.441 Le Groupe spécial observe que la Loi pénale (première partie, chapitre II, section 3) traite des "Associations de malfaiteurs". Cinq dispositions y sont énoncées. La partie pertinente de l'article 25 peut se traduire comme suit:

---

<sup>414</sup> Les États-Unis se réfèrent à ces décisions judiciaires et semblent reconnaître que les articles ont été appliqués dans le cadre de ces affaires; voir la réponse des États-Unis à la question n° 8.

<sup>415</sup> Première communication écrite du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 17; déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphe 10.

<sup>416</sup> Déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, paragraphes 6 et 7.

<sup>417</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 42 à 46.

<sup>418</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 33.

<sup>419</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 35, dans laquelle est évoquée l'application de la disposition relative aux associations de malfaiteurs dans le cadre d'une affaire (pièce CHN-12), citée par la Chine dans la communication qu'elle a présentée à titre de réfutation, paragraphe 44, et réponse de la Chine à la question n° 56.

"L'expression association de malfaiteurs s'entend d'un délit intentionnel commis conjointement par deux ou plusieurs personnes." <sup>420</sup>

7.442 L'article 26 peut se traduire comme suit:

"L'expression auteur principal s'entend de toute personne qui constitue une bande organisée et la conduit à se livrer à des activités criminelles ou qui joue un rôle principal dans une association de malfaiteurs.

L'expression bande organisée s'entend d'une organisation de malfaiteurs relativement stable, constituée par trois personnes au moins, dans l'intention de commettre des délits conjointement.

Tout meneur qui constitue ou dirige une bande organisée est punissable pour l'ensemble des délits commis par ladite bande.

Tout auteur principal d'un délit qui n'est pas visé au paragraphe 3 est punissable pour l'ensemble des délits commis avec sa participation ou sous sa direction." <sup>421</sup>

7.443 L'article 27 peut se traduire comme suit:

"L'expression complice s'entend de toute personne qui joue un rôle secondaire ou accessoire dans une association de malfaiteurs.

Tout complice se voit condamné à une peine allégée ou atténuée ou bénéficie d'une exemption de peine." <sup>422</sup>

7.444 Le Groupe spécial observe que les articles 26 et 27 sont circonscrits aux "associations de malfaiteurs", qui sont définies à l'article 25 comme des "délits intentionnels". Tels qu'ils sont libellés, il n'y a aucun motif de supposer que les articles 25, 26 et 27 ne s'appliquent pas aux atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle visés aux articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale. Plusieurs décisions judiciaires présentées par la Chine montrent qu'un ou plusieurs de ces articles sont cités à propos de l'article 213. <sup>423</sup> Les décisions montrent que les facteurs pertinents concernant plusieurs contrevenants ont été cumulés afin de parvenir au seuil d'infraction pénale.

7.445 La Chine soutient qu'elle peut engager des procédures et appliquer des sanctions pénales, eu égard à l'appartenance à une association de malfaiteurs ou à une bande organisée, à l'encontre de contrevenants qui se situeraient autrement en deçà des seuils d'infraction pénale prévus dans la législation pénale positive. <sup>424</sup> Toutefois, en réponse à une question, la Chine a confirmé que les seuils quantitatifs prévus par les articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale s'appliquent aux associations de malfaiteurs visées par les articles 25, 26 et 27 de la Loi pénale. <sup>425</sup>

7.446 Par conséquent, le Groupe spécial estime que la notion d'association de malfaiteurs est pertinente pour ce qui est de la capacité de la Loi pénale de tenir compte d'un élément d'entente entre différents contrevenants. Toutefois, cela ne change rien à l'absence de procédures pénales et de peines pénales prévues pour des actes constitutifs d'infraction se situant en deçà des seuils fixés dans les articles 213 à 220.

---

<sup>420</sup> Pièce CHN-1.

<sup>421</sup> Pièce CHN-1.

<sup>422</sup> Pièce CHN-1.

<sup>423</sup> Pièces CHN-4, CHN-6, CHN-9, CHN-12, CHN-13 et CHN-16.

<sup>424</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 46.

<sup>425</sup> Réponse de la Chine à la question n° 56.

g) Éléments spécifiques des seuils fixés pour les atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle

i) *Intention lucrative*

7.447 Les États-Unis soutiennent que les seuils "exigent tous la preuve de l'existence d'une intention de retirer un avantage financier ou de faire du profit".<sup>426</sup>

7.448 Le Groupe spécial observe que, s'agissant des atteintes à une marque de fabrique ou de commerce, deux des seuils fixés par l'article 213 de la Loi pénale, tel qu'il est interprété par l'article premier de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004], sont fonction du "volume des activités commerciales illicites" et des "gains illicites" (c'est-à-dire du montant des profits obtenus<sup>427</sup>). L'article 214 de la Loi pénale vise l'action de vendre et le seuil correspondant prévu à l'article 2 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] est fixé en fonction du "montant des ventes". Tous ces éléments supposent l'intention de retirer un avantage financier ou de faire du profit. L'article 215 de la Loi pénale ne fait pas expressément mention d'une intention lucrative.

7.449 En ce qui concerne les atteintes à un droit d'auteur, les articles 217 et 218 de Loi pénale font expressément état des actes accomplis "en vue de faire du profit". Ce libellé est repris dans les interprétations correspondantes figurant aux articles 5 et 6 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] et à l'article premier de l'Interprétation judiciaire n° 6 [2007].

7.450 Par conséquent, les articles 213, 214, 217 et 218 de la Loi pénale prennent en compte au moins un facteur qualitatif conjointement avec les seuils quantitatifs. Dans le présent différend, les États-Unis ne contestent pas cet aspect de la mesure.<sup>428</sup>

ii) *Seuils alternatifs*

7.451 Les parties conviennent que les seuils ont trait à une série de facteurs différents, incluant le volume des activités commerciales illicites, le montant des gains (ou profits) illicites, le montant des ventes, le nombre de "copies" et "autres circonstances graves". Les trois premiers facteurs sont, selon leurs termes mêmes, des indicateurs de l'activité économique et sont, soit expressément, soit implicitement, liés à la vente, ou autrement dit à l'activité commerciale. Les quatre premiers sont exprimés en termes numériques.

7.452 La Chine souligne que les multiples critères énoncés dans chacun des articles 213, 215 et 217 de la Loi pénale ont tous un caractère alternatif.<sup>429</sup> Les États-Unis en conviennent et allèguent que l'application de l'un quelconque ou de l'ensemble de ces seuils alternatifs fait que de nombreux actes de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale ne peuvent faire l'objet de poursuites ni de condamnations pénales.<sup>430</sup>

7.453 Le Groupe spécial observe que les articles 213 et 215 de la Loi pénale fixent chacun un seuil unique. Toutefois, ils sont interprétés par les articles 1<sup>er</sup> et 3 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] comme énonçant une série de circonstances distinctes. Il est clair au vu du texte des articles 1<sup>er</sup> et 3 que chacune de ces circonstances a un caractère alternatif, étant donné que les articles 1<sup>er</sup> et 3 prévoient chacun que le seuil de condamnation fixé au titre de l'article applicable de la Loi pénale est réputé être atteint dans "n'importe lesquelles des circonstances suivantes".

---

<sup>426</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 59.

<sup>427</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.402.

<sup>428</sup> Voir plus loin les paragraphes 7.659 et 7.660.

<sup>429</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 33 et 34.

<sup>430</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 77.

7.454 Le Groupe spécial observe que l'article 217 de la Loi pénale fixe deux seuils de condamnation, à savoir "le montant des gains illicites" et les "autres circonstances graves". Le texte de l'article 217 indique clairement que ceux-ci ont un caractère alternatif par l'emploi de la conjonction "ou". Ces deux seuils sont interprétés par l'article 5 de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]: le premier sous un angle quantitatif et le second en fonction d'une série de circonstances distinctes. Il ressort clairement du texte de l'article 5 que chacune de ces circonstances a un caractère alternatif, étant donné que l'article 5 prévoit que le seuil de condamnation afférent aux "autres circonstances graves" visées par l'article 217 de la Loi pénale est réputé être atteint dans "n'importe lesquelles des circonstances suivantes". Si l'une quelconque de ces circonstances est présente ou que le seuil relatif au "montant des gains illicites" est atteint, le seuil de condamnation applicable est réputé avoir été atteint.

7.455 Cela signifie, par exemple, que l'utilisation d'une marque de fabrique ou de commerce contrefaite pour un volume d'activités commerciales illicites de, disons, 40 000 yuan (c'est-à-dire un montant inférieur au seuil de 50 000 yuan applicable au titre de l'article 213 de la Loi pénale) n'est pas soustraite à des poursuites pénales, à moins que le montant des gains illicites, le nombre de marques de fabrique ou de commerce enregistrées concernées par l'infraction et les autres circonstances se situent tous en deçà des autres seuils applicables. Toutefois, lorsqu'un acte constitutif d'infraction se situe en deçà de tous les seuils applicables, il n'est pas possible d'engager des poursuites ni d'appliquer des sanctions pénales.

7.456 Il n'est pas contesté que les délits de vente visés aux articles 214 et 218 de la Loi pénale fixent chacun un seul seuil de condamnation. Par conséquent, ces seuils n'ont pas un caractère alternatif.

*iii) Calcul cumulatif sur la durée*

7.457 La Chine soutient que les seuils sont calculés sur une longue période. Cela ressort du délai de prescription général prévu pour les délits continus et de la disposition particulière relative au calcul cumulatif figurant à l'article 12(2) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]. La Chine affirme que ce principe s'applique aussi aux seuils fixés en fonction du nombre de copies. Par conséquent, les seuils fixés pour les atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle peuvent être calculés sur toute la durée de l'activité constitutive de l'atteinte.<sup>431</sup>

7.458 Les États-Unis relèvent que l'article 12(2) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] pose une condition, à savoir qu'aucune sanction administrative ou pénale n'ait été appliquée.<sup>432</sup> La Chine répond que l'exécution forcée par la voie administrative permet de prévenir l'exécution du délit.<sup>433</sup>

7.459 Le Groupe spécial observe que la Loi pénale (première partie, chapitre IV, section 8) fixe des délais de prescription pour la poursuite des délits. L'article 87 prévoit des délais de prescription qui sont calculés sur la base de la peine maximale prévue pour le délit concerné, et dont le plus court est de cinq ans. L'article 89 de la Loi pénale dispose que le délai de prescription applicable à des actes délictueux continus ou successifs doit être calculé à compter de la date à laquelle l'acte délictueux est achevé.<sup>434</sup>

7.460 Le Groupe spécial note également que l'article 12(2) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] peut se traduire comme suit:

---

<sup>431</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 30 à 32; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 26 et 27.

<sup>432</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 2 a).

<sup>433</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 28 et 29.

<sup>434</sup> Pièce CHN-1.

"S'agissant d'une infraction commise plusieurs fois pour laquelle aucune sanction administrative ou pénale n'a été appliquée, le volume des activités commerciales illicites, le montant des gains illicites ou le montant des ventes sont calculés cumulativement."<sup>435</sup>

7.461 Ces dispositions montrent que les seuils peuvent tenir compte de plusieurs actes constitutifs d'atteinte, et pas seulement des revenus, des profits, des ventes ou du nombre de copies dans le cadre d'une seule transaction ou à un moment donné. Cela est confirmé par des exemples de décisions judiciaires présentés par la Chine qui montrent que, lors du calcul effectué pour déterminer si les seuils avaient été atteints, les tribunaux ont pris en considération les infractions commises sur des périodes allant jusqu'à cinq ans.<sup>436</sup> Une sanction administrative visant un acte particulier constitutif d'atteinte exclut cet acte du calcul cumulatif des seuils relatifs au "volume des activités commerciales illicites", au "montant des gains illicites" ou au "montant des ventes" et, partant, le soustrait à des procédures et sanctions pénales.

iv) *Calcul du volume des activités commerciales illicites – marchandises*

7.462 La Chine soutient que le calcul des seuils relatifs au "volume des activités commerciales illicites" ne se limite pas aux marchandises qui se trouvent au même endroit à un moment donné. Le seuil recouvre plutôt toutes les marchandises contrefaites associées au contrevenant, même celles qui ne sont plus en sa possession.<sup>437</sup>

7.463 Les États-Unis reconnaissent que, dans certaines circonstances, la définition du "volume des activités commerciales illicites" semble permettre de prendre en compte les marchandises d'un contrevenant qui se trouvent dans différents locaux aux fins du calcul du seuil.<sup>438</sup>

7.464 Le Groupe spécial observe que les trois seuils de condamnation prévus par les articles 213, 215 et 217 de la Loi pénale sont fixés en fonction du "volume des activités commerciales illicites". Selon la définition donnée à l'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]<sup>439</sup>, l'expression "volume des activités commerciales illicites" désigne les produits contrefaits "fabriqués, entreposés, transportés ou vendus" lors de la commission de l'acte portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle. À première vue, cela ne limite pas le calcul de ces seuils à la valeur des marchandises saisies au même endroit à un moment donné. Cette interprétation est confirmée par des exemples de décisions judiciaires présentés par la Chine, qui montrent que les tribunaux ont pris en compte la valeur de marchandises déjà vendues<sup>440</sup> ainsi que de marchandises saisies en différents endroits<sup>441</sup> aux fins du calcul du volume des activités commerciales illicites.

v) *Calcul du volume des activités commerciales illicites – prix*

7.465 Les États-Unis ont allégué que la méthode de calcul requise pour le "volume des activités commerciales illicites" était fondée sur les prix des marchandises contrefaites et non sur la valeur des marchandises non contrefaites authentiques.<sup>442</sup>

---

<sup>435</sup> Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

<sup>436</sup> Pièces CHN-4, CHN-13 et CHN-14.

<sup>437</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 23 et 24.

<sup>438</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 2 a).

<sup>439</sup> Reproduite plus haut au paragraphe 7.401.

<sup>440</sup> Pièces CHN-4, CHN-5 et CHN-6.

<sup>441</sup> Pièce CHN-7.

<sup>442</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 119, d'après une traduction figurant dans la pièce US-2, dans laquelle il est fait mention *in fine* des "produits fabriqués en violation des droits de propriété intellectuelle", et non pas des "produits auxquels il a été porté atteinte".

7.466 La Chine a répondu que la méthode de calcul était fondée sur le prix de vente effectif, affiché ou moyen des marchandises contrefaites mais que, lorsque celui-ci ne pouvait pas être déterminé, le prix était calculé à partir du prix moyen sur le marché des marchandises auxquelles il était porté atteinte, autrement dit des marchandises authentiques.<sup>443</sup> En réponse à une question posée par le Groupe spécial, la Chine a admis que le prix des marchandises authentiques était utilisé en dernier ressort.<sup>444</sup>

7.467 Le Groupe spécial observe que les trois seuils de condamnation prévus par les articles 213, 215 et 217 de la Loi pénale sont fixés en fonction du "volume des activités commerciales illicites", qui peut être calculé au moyen de différentes méthodes. Finalement, les parties conviennent que, selon la définition de l'expression "volume des activités commerciales illicites" donnée à l'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]<sup>445</sup>, la principale méthode de calcul pour ces seuils est fondée sur le prix effectif auquel les marchandises *contrefaites* ont été vendues ou affichées ou, si elles n'ont pas été vendues, sur la moyenne des prix de vente effectifs des produits *contrefaits*, après vérification. C'est uniquement lorsque aucun prix n'est affiché ou qu'il est impossible de vérifier les prix de vente effectifs que le volume des activités commerciales illicites est établi en fonction du prix "moyen" sur le marché des produits *auxquels il est porté atteinte*. En d'autres termes, le seuil est lié essentiellement à la valeur des marchandises de marque contrefaites ou des marchandises portant atteinte à un droit d'auteur, mais il peut, en dernier ressort, être lié à la valeur des produits authentiques.

7.468 Il n'est pas contesté que la valeur des marchandises de marque contrefaites ou des marchandises portant atteinte à un droit d'auteur sera inférieure à celle des marchandises authentiques correspondantes. Cela a pour effet de rendre le seuil relatif au volume des activités commerciales illicites plus difficile à atteindre dans les cas où le prix des marchandises authentiques n'est pas utilisé. Le nombre de cas se situant en deçà des seuils est par conséquent plus élevé qu'il ne le serait si le prix des marchandises auxquelles il est porté atteinte était utilisé dans tous les cas.

vi) *Quantité de marchandises et prix*

7.469 La Chine soutient également que le seuil relatif aux activités commerciales illicites, en particulier, est un critère souple en tant que tel, car il tient compte à la fois de la quantité et de la valeur des articles contrefaits.<sup>446</sup> Les États-Unis ne formulent aucune observation sur ce point.

7.470 Le Groupe spécial observe que, selon la définition de l'expression "volume des activités commerciales illicites" donnée à l'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]<sup>447</sup>, ces seuils sont calculés en fonction du prix des marchandises. Naturellement, la quantité de marchandises requise pour atteindre le seuil est inversement proportionnelle à la valeur de ces marchandises. Par conséquent, le seuil est suffisamment souple pour prendre en compte une petite quantité de marchandises de grande valeur ou une grande quantité de marchandises de faible valeur. Toutefois, lorsque le nombre de marchandises multiplié par la valeur des marchandises donne un résultat inférieur au seuil et que les marchandises ne peuvent être prises en compte par aucun seuil alternatif applicable, aucune procédure pénale ne sera engagée et aucune sanction pénale ne sera appliquée.

---

<sup>443</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 28.

<sup>444</sup> Réponse de la Chine à la question n° 2 c).

<sup>445</sup> Reproduite plus haut au paragraphe 7.401.

<sup>446</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 23 et 24.

<sup>447</sup> Reprise plus haut au paragraphe 7.401.

vii) *Seuils résiduels*

7.471 Initialement, les parties ont laissé de côté un autre seuil, celui relatif aux "autres circonstances graves", qui relève des articles 213, 215 et 217 de la Loi pénale.

7.472 En réponse à une question du Groupe spécial qui souhaitait obtenir des précisions sur la signification de ces seuils, les États-Unis ont fait état d'une affaire dans laquelle le procureur avait invoqué le seuil d'aggravation relatif aux "autres circonstances particulièrement graves", qui n'est pas défini lui non plus et qui relève de l'article premier de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]. Ce procureur avait vainement fait état d'"effets graves sur la société tant au niveau national qu'au niveau international".<sup>448</sup>

7.473 En réponse à la même question, la Chine a expliqué que la prise en compte des "autres circonstances graves" était un artifice législatif qui préservait la marge de manœuvre des tribunaux et anticipait l'évolution de la législation. Ces dispositions permettent à un tribunal de déterminer qu'un acte particulier, bien qu'il n'atteigne pas les autres seuils définis, est comparable et équivalent à ces seuils et par conséquent mérite de faire l'objet de sanctions pénales. La Chine n'a pas été en mesure, compte tenu du temps dont elle disposait, de fournir des exemples précis de cas dans lesquels ce seuil avait été utilisé.<sup>449</sup>

7.474 Le Groupe spécial observe que, d'après le libellé des mesures en cause, un des seuils applicables aux trois atteintes délictueuses aux droits de propriété intellectuelle est une catégorie résiduelle recouvrant les "autres circonstances graves". S'agissant des articles 213 et 215 de la Loi pénale, ce seuil ne figure que dans le texte de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]. S'agissant de l'article 217 de la Loi pénale, ce seuil figure effectivement dans le texte de l'article proprement dit, mais la définition qui en est donnée par la suite recouvre deux seuils spécifiques en sus d'une catégorie résiduelle recouvrant les "autres circonstances graves". Cela corrobore l'explication de la Chine selon laquelle ce seuil est un artifice législatif qui permet d'anticiper l'évolution de la législation. Toutefois, il n'est pas allégué qu'un autre seuil a déjà été défini en dehors de ceux dont il est question dans le présent rapport.

7.475 De plus, il n'est pas allégué que les tribunaux ou les procureurs traiteraient tous les actes constitutifs d'infraction se situant en deçà des seuils quantitatifs comme des actes délictueux en raison de ce seuil résiduel. La Chine confirme que si un acte illégal n'atteint pas un des seuils applicables établis par les interprétations judiciaires en cause, la poursuite de cet acte est légalement impossible.<sup>450</sup> Elle confirme également que ces seuils résiduels visent d'autres actes qui sont "comparables et équivalents" à ceux visés par les seuils qui sont définis. Par conséquent, ces seuils résiduels ne modifient pas de façon significative la situation juridique, mais contribuent en revanche à définir la catégorie d'actes portant atteinte à une marque de fabrique ou de commerce ou à un droit d'auteur qui ne sont pas traités comme des actes délictueux.

viii) *Exécution forcée par la voie administrative*

7.476 La Chine appelle l'attention du Groupe spécial sur son régime d'exécution forcée par la voie administrative en cas d'atteinte à la propriété intellectuelle, lequel fonctionne indépendamment de son régime de mesures répressives. Elle informe le Groupe spécial qu'en Chine une infraction, *quelle qu'en soit l'ampleur*, peut faire l'objet d'une exécution forcée par la voie administrative. Les autorités chargées de la sécurité publique tendent à s'intéresser davantage aux infractions excédant les seuils

---

<sup>448</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 9, dans laquelle est citée la pièce US-61.

<sup>449</sup> Réponse de la Chine aux questions n° 9 et 55; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 22.

<sup>450</sup> Voir plus haut les paragraphes 7.423 et 7.455.

d'infraction pénale, tandis que les autorités administratives chargées du commerce et du droit d'auteur cibleront plus probablement les petites infractions.<sup>451</sup>

7.477 Les États-Unis répondent que seules des procédures et des sanctions pénales peuvent satisfaire aux obligations énoncées à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. L'exécution forcée par la voie administrative ne saurait se substituer aux mesures répressives.<sup>452</sup>

7.478 Le Groupe spécial relève que des sanctions administratives, y compris des amendes, sont prévues pour les atteintes à la propriété intellectuelle se situant en deçà des seuils d'infraction pénale en Chine. Par conséquent, les seuils ne créent pas un "bouclier pénal". Toutefois, ni l'une ni l'autre des parties au différend<sup>453</sup> ne prétend que l'exécution forcée par la voie administrative puisse satisfaire aux obligations en matière de procédures et de sanctions pénales qui sont énoncées à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, le Groupe spécial n'examine pas plus avant cette question.

h) Conclusion concernant l'interprétation des mesures en cause

7.479 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial conclut que, bien que la structure des seuils et la méthode de calcul de certains d'entre eux permettent de tenir compte de diverses circonstances, les actes portant atteinte à une marque de fabrique ou de commerce ou à un droit d'auteur qui se situent en deçà de *tous* les seuils applicables ne peuvent faire l'objet de procédures ou de sanctions pénales. Le Groupe spécial examinera maintenant la question de savoir si l'une quelconque de ces infractions constitue "[un] 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", au sens de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

### **3. Allégation au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

a) Principaux arguments des parties

7.480 Les États-Unis font observer que la notion "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 importance ou d'une ampleur suffisante pour être considérées comme étant menées "à une échelle commerciale" sur le marché en question.<sup>454</sup> Ils ont précisé par la suite que la notion d'"échelle commerciale" s'appliquait aux actes de contrefaçon ou de piratage qui atteignaient une certaine importance ou une certaine ampleur par rapport au marché. La question de savoir si une activité de contrefaçon ou de piratage est menée "à une échelle commerciale" dépend des faits et des circonstances qui entourent cette activité. Parmi les facteurs pertinents, il faut considérer le marché qui existe pour les marchandises auxquelles il est porté atteinte, l'objet de la violation, la valeur des marchandises auxquelles il est porté atteinte, les moyens utilisés pour produire ces marchandises et l'incidence que la violation a sur le détenteur du droit.<sup>455</sup> Certaines activités sont si négligeables (ont un caractère *de minimis*) que, dans certaines circonstances, elles peuvent être considérées comme n'étant *pas* menées "à une échelle commerciale"; c'est le cas par exemple d'actes occasionnels portant atteinte à un droit qui sont commis par des consommateurs à des fins purement personnelles ou de la vente de volumes négligeables pour des montants négligeables (par exemple la

---

<sup>451</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 39 à 43.

<sup>452</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 116 à 119.

<sup>453</sup> Contrairement au Brésil dans sa communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 39 à 42.

<sup>454</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.

<sup>455</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 59.

vente d'une copie pour un montant de 1 yuan) à moins qu'il n'existe des circonstances tendant à prouver le contraire.<sup>456</sup>

7.481 La Chine répond que "l'échelle commerciale" correspond à une activité d'une ampleur considérable. Il s'agit là d'un critère assez large qui est laissé à l'appréciation des autorités nationales et qui dépend des conditions locales.<sup>457</sup> En n'interprétant pas l'expression "échelle commerciale" comme constituant un terme unique, les États-Unis donnent du mot "échelle" une lecture qui ne correspond pas du tout à sa définition.<sup>458</sup> Le contexte fourni par les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC montre que les Membres conservent un pouvoir discrétionnaire considérable pour ce qui est des moyens de faire respecter la législation et que c'est à eux qu'il appartient de définir les normes établies par l'article 61.<sup>459</sup> La Chine a précisé par la suite que, même si ces articles ne constituaient pas un rempart absolu contre l'obligation de fond énoncée à l'article 61, ils fournissaient un contexte utile et militaient fortement contre les interprétations de l'article 61 qui seraient incompatibles avec le système juridique de la Chine et exigeraient une réaffectation des moyens de répression.<sup>460</sup> L'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC ainsi que les actions ultérieures des Membres indiquent qu'ils ont interprété l'expression "échelle commerciale" comme imposant uniquement un critère large et élevé.<sup>461</sup>

7.482 Les États-Unis allèguent que les seuils d'infraction pénale définis par la Chine amènent les autorités de ce pays à ne pas tenir compte d'autres indices révélateurs d'actes de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale, qu'il s'agisse aussi bien des preuves tangibles de ces actes que de l'incidence que le piratage ou la contrefaçon a sur le marché commercial et, par extension, sur les détenteurs de droits.<sup>462</sup> Les États-Unis font valoir que tout un ensemble de facteurs quantitatifs et qualitatifs devraient être pris en compte pour s'assurer que toutes les activités menées "à une échelle commerciale" soient soumises aux dispositions de l'article 61.<sup>463</sup>

7.483 La Chine répond que les tribunaux chinois prennent en considération aussi bien les produits semi-finis ou non finis qui sont des preuves de la préparation ou de la tentative que les infractions proprement dites.<sup>464</sup> Les procédures en matière de preuve et l'incidence sur le détenteur du droit ne sont pas pertinentes au regard de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>465</sup> La Loi pénale traite aussi des aspects organisationnels du délit dans les dispositions relatives à la responsabilité du fait d'autrui.<sup>466</sup>

#### b) Principaux arguments des tierces parties

7.484 L'Argentine fait valoir que les mesures appliquées par la Chine ne paraissent pas incompatibles avec l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où l'article 1:1 lui ménageait une certaine flexibilité pour mettre en œuvre les dispositions relatives aux moyens de faire

---

<sup>456</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 60.

<sup>457</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 64 et 117; première déclaration orale de la Chine, paragraphe 30.

<sup>458</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 67 à 71; première déclaration orale de la Chine, paragraphes 26 et 27.

<sup>459</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 90, 92 et 98 à 101.

<sup>460</sup> Deuxième communication écrite de la Chine, paragraphes 102 à 107.

<sup>461</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 104 à 108 et 109 à 116; deuxième communication écrite de la Chine, paragraphes 116 à 134.

<sup>462</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 143 à 150.

<sup>463</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 38.

<sup>464</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 35 à 37; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 32.

<sup>465</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 141 et 139.

<sup>466</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 42 à 46.

respecter les droits d'une manière compatible avec son cadre constitutionnel et réglementaire existant.<sup>467</sup>

7.485 L'Australie fait valoir que "l'échelle commerciale" englobe tous les actes ou séries 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 et qu'il y a, dans le sens ordinaire du mot "échelle", une idée d'évaluation comparative. La question de savoir si telle ou telle opération est menée à une échelle commerciale ne peut être déterminée qu'au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris de l'incidence possible des technologies numériques.<sup>468</sup> Cela peut s'appliquer à des activités portant atteinte aux droits qui ne se soldent par aucun avantage financier pour le contrevenant, mais qui ont néanmoins des effets préjudiciables importants sur le détenteur du droit du fait que du matériel pirate est mis à disposition sur des réseaux informatiques.<sup>469</sup>

7.486 Le Brésil considère que l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" doit conférer un sens aux deux mots contenus dans cette expression, qui exprime à la fois un "ordre de grandeur" et la volonté d'obtenir un avantage financier. Le Brésil estime par conséquent que l'article 61 établit une norme minimale à deux volets qui impose aux Membres de prévoir des procédures et des peines pénales au moins pour les atteintes délibérées aux marques de fabrique et de commerce et au droit d'auteur qui sont motivées par la recherche du profit et qui portent sur des quantités importantes de marchandises contrefaites.<sup>470</sup>

7.487 Le Canada fait valoir que les autorités chinoises sont dans l'impossibilité d'appliquer des sanctions pénales dans de nombreux cas de contrefaçon délibérée d'une marque de fabrique ou de commerce ou de piratage délibéré portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale parce que les seuils fixés par la Chine sont arbitraires, trop élevés et trop rigides. La notion "d'échelle commerciale" recouvre différents facteurs. Elle ne concerne pas seulement la production industrielle mais aussi les actes délibérés de contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui ont lieu à une échelle suffisante pour correspondre à la recherche d'un profit ou pour constituer un commerce. Il s'agit d'un critère qualitatif qui suppose que l'on ait une certaine latitude pour examiner les circonstances entourant chaque cas. Même si des volumes négligeables de marchandises contrefaites ne seraient probablement pas visés, la reproduction délibérée de centaines de copies pirates pour une valeur équivalant à des milliers de dollars constituerait, selon toute mesure objective, une atteinte aux droits commise à une échelle commerciale. Cela est d'autant plus vrai en Chine où le PIB annuel par habitant est d'à peine 2 500 dollars EU et où 57 millions de personnes gagnent moins de 125 dollars EU par an. Même si l'article 61 n'impose pas d'engager des poursuites contre chaque acte délibéré de contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale, il suppose du moins que les Membres soient en mesure de le faire lorsque les circonstances voudraient qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire à cet égard.<sup>471</sup>

7.488 Les Communautés européennes font valoir que l'article 61 distingue deux types d'atteintes aux droits parce qu'elles sont particulièrement susceptibles de causer un préjudice aux détenteurs de droits. Par conséquent, l'expression "à une échelle commerciale" doit s'appliquer à toutes les activités qui sont particulièrement susceptibles d'être préjudiciables du fait qu'elles ont une dimension commerciale

---

<sup>467</sup> Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 20 et 23.

<sup>468</sup> Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphes 18 et 19, appuyant la définition proposée dans la première communication écrite des États-Unis au paragraphe 110.

<sup>469</sup> Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 16; réponse de l'Australie à la question n° 6 posée aux tierces parties.

<sup>470</sup> Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 35 à 38.

<sup>471</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 4 à 8 et 11.

ou une visée lucrative. Les seuils quantitatifs ne sont pas à eux seuls suffisants pour mettre en évidence des aspects tels qu'une organisation de type professionnel ou une coopération systématique. Pour appréhender toutes les atteintes aux droits commises à une échelle commerciale, les autorités chargées d'appliquer les mesures répressives doivent pouvoir tenir compte d'autres facteurs tels que des indications montrant que l'on a affaire à une organisation commerciale ou que l'activité a un but lucratif.<sup>472</sup> Les Communautés européennes font valoir en outre qu'en disposant que les Membres "shall provide for criminal procedures and penalties" "to be applied" (prévoient des procédures pénales et des peines "applicables"), la première phrase de l'article 61 fait obligation aux Membres non seulement de criminaliser les activités mentionnées dans l'article mais aussi d'engager des poursuites contre ces activités.<sup>473</sup>

7.489 Le Japon fait valoir que même si les seuils quantitatifs permettent d'identifier de nombreux actes de contrefaçon commis "à une échelle commerciale", ils ne permettent pas d'appréhender des activités de contrefaçon portant sur de faibles valeurs ou sur de petites quantités qui sont néanmoins "à une échelle commerciale" en raison d'autres circonstances, comme le fait qu'elles sont organisées professionnellement ou peuvent être facilement répétées. Une conception purement quantitative de "l'échelle commerciale" ne permet pas d'appréhender toutes les opérations de contrefaçon ayant lieu à une échelle commerciale, et des éléments qualitatifs additionnels doivent être pris en compte afin de ne pas négliger ces aspects organisationnels d'une activité.<sup>474</sup>

7.490 La Corée fait valoir que les seuils appliqués par la Chine ont pour effet de soustraire arbitrairement certaines violations des droits de propriété intellectuelle à toute possibilité de sanction pénale et sont donc incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. "L'échelle commerciale" suppose une certaine ampleur qui est obtenue en exerçant ou en maintenant 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. En conséquence, toute personne qui se livre à une activité commerciale en portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle et qui réalise ainsi un profit financier, quel que soit le montant allégué de celui-ci, doit être considérée comme violant les DPI à une "échelle commerciale".<sup>475</sup>

7.491 Le Mexique estime que la notion d'"échelle commerciale" s'applique à des activités qui vont au-delà des atteintes fortuites ou occasionnelles commises sans intention lucrative. Dans ce contexte, le mot "échelle" n'est pas nécessairement lié à un ordre de grandeur mais plutôt à la qualité de l'activité. Le Mexique fait observer en outre qu'une activité menée à petite échelle est "manifestement significative" en ce sens qu'elle contribue à la filière délictueuse.<sup>476</sup>

7.492 Le Taipei chinois estime que "l'échelle commerciale" est une notion juridique abstraite qui fait intervenir de multiples facteurs dépendant des circonstances locales, tels que la nature des droits auxquels il est porté atteinte, la valeur des marchandises et les prix en vigueur sur le marché, le motif et le but des actes commis, la méthode et l'échelle de l'atteinte, le préjudice causé, le profit réalisé, le

---

<sup>472</sup> Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 10 et 14.

<sup>473</sup> Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 10 et 11; réponse des Communautés européennes à la question n° 10 posée aux tierces parties.

<sup>474</sup> Communication écrite du Japon en tant que tierce partie, paragraphes 17 et 30; déclaration orale du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 13.

<sup>475</sup> Communication écrite de la Corée en tant que tierce partie, paragraphes 20 et 27; déclaration orale de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 6.

<sup>476</sup> Communication écrite du Mexique en tant que tierce partie, paragraphe 10; déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, paragraphes 6 et 7.

contexte culturel, l'état d'avancement de la technologie et le niveau de vie, autant de facteurs qui doivent être considérés au cas par cas.<sup>477</sup>

7.493 La Thaïlande fait valoir que, étant donné qu'il n'y a pas de définition de "l'échelle commerciale" dans l'Accord sur les ADPIC, on a ici affaire à une flexibilité intégrée qui reconnaît que les Membres de l'OMC ont des systèmes juridiques différents. Chaque Membre peut adopter l'interprétation qu'il juge appropriée.<sup>478</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

i) *Nature de l'allégation*

7.494 L'allégation des États-Unis a trait aux actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur pour lesquels la Chine ne prévoit pas l'application de procédures et de peines pénales, mais dont les États-Unis considèrent qu'ils ont lieu "à une échelle commerciale".<sup>479</sup> Cette allégation est fondée sur deux problèmes qualifiés de "fondamentaux" qui sont désignés dans le présent rapport comme formant les deux éléments de cette allégation. Le premier élément concerne le niveau et la méthode de calcul des seuils. Il est allégué que, en spécifiant certains niveaux, les seuils permettent à des catégories entières d'actes de contrefaçon et de piratage d'échapper au risque de poursuites et de condamnations pénales.<sup>480</sup> Le second élément a trait au nombre limité de critères numériques servant à établir ces seuils. Il est allégué, que parce qu'ils s'appuient uniquement sur ces critères, les seuils amènent les responsables de l'application de la loi à négliger d'autres indices révélateurs d'actes de contrefaçon et de piratage.<sup>481</sup>

7.495 Le Groupe spécial note que le premier élément de l'allégation porte sur les chiffres spécifiés dans les critères numériques et sur la manière dont certains d'entre eux sont calculés, aux fins de démontrer que les seuils sont trop élevés. Il s'agit ici de questions quantitatives. Le second élément de l'allégation a trait à certains facteurs dont les critères numériques ne tiennent pas compte. Il s'agit là cette fois de questions qualitatives. Ni l'un ni l'autre élément n'est une allégation générale selon laquelle les seuils numériques ne permettent pas d'appréhender tous les cas de violations commises "à une échelle commerciale". En réponse aux demandes de clarification en ce qui concerne leur allégation formulée par le Groupe spécial après les première et deuxième réunions de fond, les États-Unis ont précisé qu'ils n'étaient pas opposés à l'utilisation de seuils numériques en soi.<sup>482</sup> Le Groupe spécial n'a donc pas à examiner si, par principe, des seuils numériques peuvent permettre de satisfaire à une obligation concernant des violations commises "à une échelle commerciale".

7.496 En conséquence, pour évaluer cette allégation, le Groupe spécial procédera de la manière suivante:

---

<sup>477</sup> Communication écrite du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphe 21; déclaration orale du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphe 11.

<sup>478</sup> Déclaration orale de la Thaïlande en tant que tierce partie, paragraphe 3.

<sup>479</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 116 et 143.

<sup>480</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 112; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 74.

<sup>481</sup> Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 36; première déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 16.

<sup>482</sup> Réponses des États-Unis aux questions n° 25 et 54. Il nous semble pertinent de noter que, au cours des négociations sur les conditions d'accession de la Chine à l'OMC, certains membres du Groupe de travail ont adopté une position similaire. En particulier, ils ont exprimé des préoccupations concernant les seuils monétaires (de déclenchement d'une procédure pénale) dont ils pensaient qu'ils étaient très élevés et rarement atteints. Ils considéraient que ces seuils devraient être abaissés: voir le rapport du Groupe de travail, paragraphe 304. La Chine a ultérieurement réduit certains seuils à la suite de l'adoption de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]: voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 27.

- a) en ce qui concerne le premier élément de l'allégation, le Groupe évaluera si les *niveaux* des seuils appliqués par la Chine sont trop élevés pour mettre en évidence tous les cas de violations commises à une échelle commerciale; et
- b) en ce qui concerne le deuxième élément de l'allégation, le Groupe spécial évaluera si les *autres facteurs* évoqués par les États-Unis peuvent être pris en compte au moyen des seuils appliqués par la Chine de manière à mettre en évidence tous les cas de violations commises à une échelle commerciale et, dans la négative, si cela correspond à une prescription de l'Accord sur les ADPIC.

ii) *Questions de procédure*

7.497 La Chine fait valoir que la charge de la preuve qui pèse sur les États-Unis en l'espèce "est notablement plus lourde que celle qui leur incomberait normalement" parce que cette allégation touche à des questions de droit pénal. Elle estime que le Groupe spécial devrait traiter la compétence souveraine en matière de pouvoirs réglementaires comme une norme implicite très puissante, dont on ne peut s'écarter qu'avec le consentement explicite et sans équivoque des États parties.<sup>483</sup> La Chine a expliqué par la suite qu'elle ne faisait pas référence à une charge de la preuve factuelle mais plutôt à l'incapacité des États-Unis de produire des éléments à l'appui de leur interprétation juridique de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>484</sup> La Chine plaide aussi pour l'application de la règle d'interprétation *in dubio mitius* laquelle, fait-elle valoir, a une justification particulière en matière pénale.<sup>485</sup>

7.498 Les États-Unis répondent que le fait que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC touche au droit pénal ne modifie par les dispositions de l'article 3:2 du Mémoire d'accord ni les règles coutumières d'interprétation des traités reflétées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne").<sup>486</sup> Dans le présent différend, le sens de l'expression "échelle commerciale" est obtenu en appliquant la règle générale d'interprétation figurant à l'article 31 de la Convention de Vienne. Il n'y a là aucun "doute", qui serait une condition préalable à l'application du principe de *in dubio mitius*.<sup>487</sup>

7.499 Le Groupe spécial note que cette allégation est formulée au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui concerne les procédures pénales et les peines applicables.<sup>488</sup> L'article 64:1 de cet accord dispose ce qui suit:

"Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier."

7.500 L'application des règles et procédures du Mémoire d'accord au règlement des différends soumis au titre de l'Accord sur les ADPIC est confirmée par l'article 1:1 du Mémoire d'accord, lu conjointement avec l'Appendice 1 de ce Mémoire d'accord, qui mentionne l'Accord sur les ADPIC parmi les "accords visés". Conformément à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial applique "les règles coutumières d'interprétation du droit international public" pour interpréter l'Accord sur les ADPIC dans le présent différend. La règle générale d'interprétation énoncée à

<sup>483</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 49 à 59.

<sup>484</sup> Première déclaration orale de la Chine (déclaration finale), paragraphes 4 à 7.

<sup>485</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 51 à 56.

<sup>486</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 63 à 67.

<sup>487</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 68.

<sup>488</sup> Bien que le mot "remedies" soit utilisé dans les deuxième et troisième phrases du texte anglais de cet article, il semble clair que les sanctions pénales sont des "penalties" (peines).

l'article 31 de la Convention de Vienne et les règles concernant les moyens complémentaires d'interprétation énoncées à l'article 32 de cette Convention sont devenues des règles du droit international coutumier ou général.<sup>489</sup> Le Groupe spécial appliquera la règle générale d'interprétation et, si cela s'avère nécessaire, des moyens complémentaires d'interprétation. Le Groupe spécial tiendra compte du fait que l'article 3:2 du Mémoire d'accord prévoit *également* que "les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".

7.501 Le Groupe spécial reconnaît le caractère sensible des questions pénales et les préoccupations qu'elles soulèvent concernant la souveraineté. Il fallait s'attendre à ce que ces préoccupations se reflètent dans le libellé et la portée des obligations conventionnelles qui ont été négociées par les États et d'autres Membres concernant ces questions.<sup>490</sup> La section 5 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC relative aux procédures et mesures correctives pénales est sensiblement plus courte et moins détaillée que les autres sections de la Partie III sur les moyens de faire respecter les droits. Mais, si bref soit-il, le texte de la section 5 contient aussi des limitations et des flexibilités importantes. Les règles coutumières d'interprétation des traités obligent celui qui interprète le traité à tenir compte de ces limitations et flexibilités dans son interprétation de la disposition pertinente.

iii) *Nature de l'obligation*

7.502 L'allégation est formulée au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 61 constitue à lui seul l'ensemble de la section 5 de la Partie III de l'Accord et dispose ce qui suit:

"SECTION 5: PROCÉDURES PÉNALES

*Article 61*

"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. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale."

7.503 Dans la *première* phrase de l'article, l'utilisation du futur de l'indicatif "prévoiront" indique qu'il s'agit d'une obligation. Par contre, dans la *quatrième* phrase, qui traite de la même question mais s'agissant des autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, l'emploi des mots "pourront prévoir" indique qu'il s'agit d'une possibilité. À la différence de la *troisième* phrase, la première phrase ne contient aucune expression équivalant à "dans les cas appropriés", qui pourrait introduire expressément une certaine marge d'appréciation. Les termes utilisés dans la première phrase de l'article 61, lus dans leur contexte, énoncent une obligation.

---

<sup>489</sup> Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 18, et *Japon – Boissons alcooliques II*, page 12.

<sup>490</sup> Les articles 3, 4 et 41 – en particulier son paragraphe 4 – de l'Accord sur les ADPIC, entre autres, s'appliquent également aux procédures pénales destinées à faire respecter les droits.

7.504 Cette interprétation est confirmée par l'article 41 de l'Accord sur les ADPIC concernant les "obligations générales", qui est la première disposition de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC et qui forme une partie du contexte de l'article 61. La partie pertinente de l'article 41:1 dispose ce qui suit:

"Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couvert par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure."

7.505 De l'avis du Groupe spécial, il ressort de l'obligation générale énoncée dans l'article 41:1 que l'article 61 – qui est l'une des dispositions spécifiques de la Partie III concernant les procédures destinées à faire respecter les droits – contient des obligations.

7.506 La Chine fait observer que la première phrase de l'article 61 ne peut pas énoncer une obligation spécifique, car même si elle prévoit la répression de certains types d'atteintes aux droits, ni l'Accord sur les ADPIC ni la Convention de Berne (1971) ne définissent ce qui constitue en substance une atteinte aux droits. De fait, ces deux textes laissent aux autorités nationales le soin de définir les droits auxquels il est porté atteinte.<sup>491</sup>

7.507 Le Groupe spécial pense comme la Chine que la première phrase de l'article 61 contient un certain nombre de termes qui ne sont pas définis dans l'Accord et que cela peut affecter l'interprétation correcte de cette disposition. Toutefois, même si le mot "infringement" ("actes ... portant atteinte") n'est pas utilisé dans la première phrase, il est important de noter que la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, y compris les dispositions de la Convention de Paris (1967) incorporées par l'article 2:1, et les dispositions de la Convention de Berne (1971) incorporées par l'article 9:1, fixe des normes minimales concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui s'appliquent indépendamment du traitement national. Ces dispositions définissent les droits conférés par la propriété intellectuelle et les circonstances dans lesquelles il y est porté atteinte. La Partie III de l'Accord sur les ADPIC prévoit des moyens de faire respecter ces droits, à des degrés divers. En conséquence, l'Accord contient des obligations de fond qui ne sont pas laissées simplement à la discrétion des autorités nationales.

7.508 La Chine fait observer que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est moins spécifique que l'Accord antidumping et l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et n'est pas suffisamment clair pour démontrer l'existence d'une obligation spécifique et concrète. La Chine fait aussi valoir que l'on ne trouve pas dans l'Accord sur les ADPIC une disposition comparable à l'article 18.4 de l'Accord antidumping, qui fait obligation aux Membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer la conformité de leurs lois avec les dispositions de l'Accord.<sup>492</sup>

7.509 Le Groupe spécial reconnaît que l'Accord sur les ADPIC est différent des accords qui prévoient des mesures commerciales correctives. Toutefois, le Groupe spécial appliquera les règles habituelles d'interprétation des traités aux termes utilisés dans l'Accord sur les ADPIC et procédera à son évaluation sur cette base conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Groupe spécial attire l'attention de la Chine sur l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, qui dispose ce qui suit:

---

<sup>491</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 80 à 82.

<sup>492</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 83 à 87.

"Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

7.510 Les "Accords figurant en annexe" comprennent l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, les Membres sont tenus d'assurer la conformité de leurs lois respectives avec leurs obligations respectives telles qu'elles sont énoncées dans l'Accord sur les ADPIC.

7.511 La Chine fait observer que la troisième phrase de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC constitue le contexte général dans lequel il convient d'interpréter la spécificité des normes énoncées dans l'Accord. Elle considère cet article comme une "réserve" spécifique qui fixe des limites aux obligations, notamment dans le domaine des mesures répressives.<sup>493</sup>

7.512 Le Groupe spécial note que l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui 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."

7.513 La première phrase de l'article 1:1 énonce l'obligation de base selon laquelle les Membres "donneront effet" aux dispositions de l'Accord. Cela signifie que les dispositions de l'Accord sont des obligations lorsque le texte le dit, et la première phrase de l'article 61 le dit expressément. La deuxième phrase de l'article 1:1 précise que les dispositions de l'Accord ne sont que des normes minimales puisqu'elles donnent aux Membres la possibilité d'appliquer une protection plus élevée à une certaine condition. La troisième phrase de l'article 1:1 ne donne pas aux Membres la possibilité d'appliquer une norme moins stricte mais les laisse libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions auxquelles ils sont tenus de donner effet en vertu de la première phrase. Le Groupe spécial convient que les différences entre les systèmes et les pratiques juridiques respectifs des Membres tendent à être plus importantes quand il s'agit des moyens de faire respecter les droits. Toutefois, une lecture cohérente des trois phrases de l'article 1:1 ne permet pas d'accepter que des différences dans les systèmes et pratiques juridiques internes des Membres les autorisent à déroger à leur obligation fondamentale de donner effet aux dispositions relatives aux moyens de faire respecter les droits.

7.514 En conséquence, pour ce qui est de la conformité avec l'article 61, la norme est la norme minimale internationalement convenue énoncée dans cet article. La norme minimale énoncée dans l'article 61 ne s'efface pas, en l'absence de mention contraire, devant la pratique interne de la Chine concernant la définition de la responsabilité pénale et des sanctions pénales pour d'autres actes délictueux commis dans des domaines qui ne sont pas soumis aux obligations internationales découlant de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, la deuxième phrase de cet article parle de "délits de gravité correspondante", ce qui peut faire référence à la pratique interne du pays dans d'autres domaines. Mais la *première* phrase de l'article 61 ne contient aucune référence de ce genre.

7.515 Pour toutes les raisons qui précèdent, le Groupe spécial confirme l'opinion qu'il a exprimée plus haut aux paragraphes 7.503 à 7.505, à savoir que la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC énonce une obligation. Le Groupe spécial examinera maintenant les termes utilisés dans cette disposition, lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord, pour déterminer la portée et la teneur de cette obligation.

---

<sup>493</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 89 à 97.

iv) *Portée de l'obligation*

7.516 Les termes de l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC sont les suivants: les Membres "prévoient des procédures pénales et des peines applicables". Cette obligation 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". À cet égard, elle n'admet pas d'exceptions. L'obligation s'applique à *tous* 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.

7.517 Le Groupe spécial rappelle la conclusion qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.479, à savoir qu'en Chine les actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui se situent en deçà des seuils applicables ne font pas l'objet de procédures et de peines pénales. La question qui se pose est de savoir si les violations en question constituent "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" au sens de la première phrase de l'article 61. Pour y répondre, le Groupe spécial doit se pencher sur l'interprétation de ce membre de phrase.

7.518 Le Groupe spécial note que la première phrase de l'article 61 ne contient pas moins de quatre limitations à l'obligation qu'elle énonce. Celles-ci délimitent la portée de l'obligation pertinente mais ne sont pas des exceptions. La première limitation est que l'obligation s'applique aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d'auteur et non à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC. La quatrième phrase de l'article 61 donne aux Membres la possibilité de criminaliser d'autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale. Mais en dépit de la gravité potentielle de ces violations, l'article 61 ne crée aucune obligation de les criminaliser, à la différence des sections 2 et 3 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, qui prévoient des procédures et mesures correctives civiles et administratives s'appliquant à tous les actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord. Cette disposition contraste aussi avec la section 4 de la Partie III, qui soumet à certaines conditions la possibilité d'appliquer les procédures visées à d'autres actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle.<sup>494</sup>

7.519 La deuxième limitation contenue dans la première phrase de l'article 61, qui est liée à la première, est que cette disposition s'applique aux actes de contrefaçon et de piratage plutôt qu'à tous les actes portant atteinte aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d'auteur, ce qui contraste aussi avec les sections 2 et 3 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Cette limitation, tout comme la première, traduit une intention de réduire la portée de l'obligation. De fait, l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC confirme que, dans le projet de disposition relatif aux procédures pénales, il avait été initialement envisagé d'insérer l'expression "actes commis à une échelle commerciale qui portent [...] atteinte [...] aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d'auteur", mais que cette formulation avait été finalement rejetée.<sup>495</sup>

7.520 Les termes "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" et "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" ne sont pas définis dans l'Accord sur les ADPIC. Ils se différencient des expressions "actes portant atteinte à une marque de fabrique ou de commerce" ou "actes portant atteinte à un droit d'auteur". Ils présentent en revanche une similitude avec les expressions

---

<sup>494</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.223.

<sup>495</sup> Le Groupe spécial a recours à ce moyen complémentaire d'interprétation conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne afin de confirmer le sens résultant de l'application de la règle générale d'interprétation de l'article 31. Voir, par exemple, le projet de texte du Président du 23 juillet 1990 (document MTN.GNG/NG11/W/76).

"marchandises de marque contrefaites" et "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" qui sont définies dans la note de bas de page 14 de l'Accord sur les ADPIC<sup>496</sup> de la manière suivante:

"Aux fins du présent accord:

a) l'expression "marchandises de marque contrefaites" s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation;

b) l'expression "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" s'entend de toutes les copies faites sans le consentement du détenteur du droit ou d'une personne dûment autorisée par lui dans le pays de production et qui sont faites directement ou indirectement à partir d'un article dans les cas où la réalisation de ces copies aurait constitué une atteinte au droit d'auteur ou à un droit connexe en vertu de la législation du pays d'importation."

7.521 Les termes utilisés dans la première phrase de l'article 61 renvoient à des catégories d'actes ou d'activités alors que ceux qui sont utilisés dans la note de bas de page 14 renvoient uniquement à des catégories de marchandises. Cela s'explique par le fait que l'article 61 prévoit des mesures répressives contre les actes portant atteinte aux droits tandis que la section 4 de la Partie III (dans laquelle sont utilisés les termes définis dans la note de bas de page 14) porte sur les mesures à la frontière visant les marchandises contrefaites ou pirates. Les définitions figurant dans la note de bas de page 14 font aussi référence à la législation du pays "d'importation" tandis que l'article 61 se rapporte à la législation du Membre auquel l'obligation s'applique - de façon générale, la législation du Membre dans lequel l'acte portant atteinte au droit a lieu. Sous réserve de ces observations, le Groupe spécial considère que les définitions données dans la note de bas de page 14 sont pertinentes pour comprendre les expressions utilisées dans l'article 61.

7.522 Les États-Unis n'allèguent pas que les articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale ne couvrent pas pleinement le champ couvert par les termes "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" et "piratage portant atteinte à un droit d'auteur" utilisés dans l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>497</sup> La Chine ne conteste pas que chacun des seuils établis par la Loi pénale, et en particulier par ses articles 213, 214, 215, 217 et 218, s'applique aux actes de "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" ou de "piratage portant atteinte à un droit d'auteur". Il n'est donc pas nécessaire à ce stade que le Groupe spécial s'arrête plus en détail sur l'interprétation de ces termes.

7.523 La troisième limitation contenue dans la première phrase de l'article 61 résulte de l'emploi du mot "délibérés" avant les mots "de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur". Ce mot qualifie l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 61, laquelle ne s'applique pas aux actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur si ceux-ci ne sont pas "délibérés". Ce mot, qui met l'accent sur l'intention du contrevenant, reflète le caractère pénal des procédures en cause. Il ne figure pas dans la section 4 de la Partie III, même si cette section contient également une

---

<sup>496</sup> Les expressions "marchandises de marque contrefaites" et "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" sont utilisées non seulement dans la section 4 de la Partie III mais aussi dans l'article 69 de l'Accord sur les ADPIC. L'expression "marchandises de marque contrefaites" est également employée dans l'article 46.

<sup>497</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 101 et 106.

limitation en visant, au minimum, les marchandises de marques contrefaites ou les marchandises pirates portant atteinte à un droit d'auteur. Les sanctions encourues pour des délits pénaux, telles que des peines d'emprisonnement, des amendes et la confiscation de biens, sont relativement graves comme l'indique la deuxième phrase de l'article 61. Il n'y a pas d'obligation de prévoir de telles peines pour des actes de contrefaçon ou de piratage commis de manière non intentionnelle.

7.524 La quatrième limitation contenue dans la première phrase de l'article 61 résulte de l'emploi de l'expression "commis à une échelle commerciale" après les mots "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou ... piratage portant atteinte à un droit d'auteur". Cette expression, tout comme le mot "délibérés", paraît qualifier à la fois la "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" et le "piratage portant atteinte à un droit d'auteur". Parce qu'elle ne vise que les actes commis à une échelle commerciale et les actes délibérés, l'obligation énoncée à l'article 61 se distingue de toutes les autres obligations spécifiques relatives aux moyens de faire respecter les droits qui sont contenues dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC.<sup>498</sup>

7.525 Le principal point d'interprétation sur lequel les parties sont en désaccord concerne le sens de l'expression "à une échelle commerciale". Replacée dans le contexte, cette expression qualifie elle aussi l'obligation, en indiquant qu'un acte délibéré de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur est inclus dans le champ de cette obligation pour autant qu'il satisfasse à la condition d'avoir été commis "à une échelle commerciale". En conséquence, certains actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur se trouvent exclus du champ d'application de la première phrase de l'article 61.

7.526 Nonobstant le fait que la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et le piratage portant atteinte à un droit d'auteur constituent des atteintes aux droits de détenteurs de droits, et qu'il peut s'agir d'atteintes graves, les deux qualifications introduites par les expressions "actes délibérés" et "commis à une échelle commerciale" indiquent que l'article 61 n'impose pas aux Membres de prévoir des procédures pénales et des peines applicables à ces actes de contrefaçon et de piratage en soi s'ils ne satisfont pas à certains critères additionnels. Cela est encore souligné par la quatrième phrase de l'article 61, qui autorise les Membres à prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle "en particulier" lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale. Tout cela montre que les négociateurs considéraient que les violations commises délibérément à une échelle commerciale représentaient un sous-ensemble de violations recouvrant les cas les plus graves. Cela constitue un contexte utile pour interpréter la première phrase de l'article 61, même si celle-ci ne fait pas référence aux "atteintes aux droits" en général, car cette première phrase mentionne à la fois les actes de "contrefaçon" et de "piratage" et le caractère délibéré et l'échelle commerciale, à l'évidence pour limiter de différentes manières les actes de violation visés. En conséquence, le texte de l'article 61 indique que l'on ne doit pas supposer que c'est la nature même des actes de contrefaçon et de piratage qui fait que les Membres sont tenus de prévoir l'application de procédures et de peines *pénales*.

7.527 Cela correspond à la nature de l'obligation, qui est une norme minimale comme le confirme expressément l'utilisation des mots "au moins" dans la première phrase de l'article 61, et, plus généralement, la deuxième phrase de l'article 1:1, citée plus haut au paragraphe 7.512. Les Membres peuvent – et beaucoup le font – criminaliser d'autres actes de contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique, d'autres actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, d'autres actes portant atteinte aux marques de fabrique ou de commerce et au droit d'auteur, et des actes portant atteinte à d'autres droits de propriété intellectuelle tels que les brevets, mais ils n'ont pas d'obligation à le faire en vertu de l'Accord sur les ADPIC.

---

<sup>498</sup> La section 4 contient une exception *de minimis* qui est examinée plus loin au paragraphe 7.553.

7.528 La Partie III de l'Accord sur les ADPIC établit une distinction entre le traitement applicable aux actes de contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis délibérément et à une échelle commerciale, d'une part, et toutes les autres atteintes aux droits de propriété intellectuelle, d'autre part, en cela que seuls les premiers donnent lieu à une obligation de prévoir des procédures et des peines pénales. Cela reflète l'opinion commune des négociateurs selon laquelle les premiers sont les plus flagrants et les plus graves. Cette opinion doit éclairer l'interprétation de l'article 61.

7.529 Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut au paragraphe 7.241 concernant les circonstances dans lesquelles l'Accord sur les ADPIC a été conclu pour ce qui est des procédures visant à faire respecter les droits. Alors que certains des accords ou conventions internationaux préexistants sur les droits de propriété intellectuelle contiennent des dispositions sur les caractéristiques des mécanismes d'exécution, il est remarquable qu'aucun d'eux n'ait établi de norme minimale spécifique concernant les procédures pénales.<sup>499</sup> Parmi les accords internationaux en matière de propriété intellectuelle comptant de nombreux adhérents, l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est à cet égard unique.

7.530 Cela s'explique en partie par le fait que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés, comme le reconnaît le quatrième considérant du préambule de l'Accord sur les ADPIC, alors que les procédures pénales visent à punir des actes qui transgressent certaines valeurs de la société, ce que reflète l'utilisation du mot "peines" à l'article 61.

7.531 Compte tenu de ces aspects du contexte dans lequel s'inscrit la première phrase de l'article 61 et de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial va maintenant examiner le sens ordinaire des mots "à une échelle commerciale".

v) *"à une échelle commerciale"*

7.532 Les parties adoptent différentes approches pour interpréter l'expression "à une échelle commerciale". Le Groupe spécial examinera tour à tour chacune d'elles, en commençant par celle qui a été retenue par le requérant.

7.533 Le sens ordinaire du mot "échelle" n'est pas controversé. Il peut être défini comme signifiant "relative magnitude or extent; degree, proportion. Freq. in *on a grand, lavish, small, etc. scale*"<sup>500</sup> (ampleur ou importance relative; degré, proportion; fréquemment employé dans les expressions à grande, large, petite, etc., échelle). Le sens ordinaire de ce mot inclut à la fois l'idée de quantité (en termes d'ampleur ou d'importance) et l'idée de relativité. On retrouve l'une et l'autre dans les notions de degré et de proportion. Ainsi, une "échelle" donnée permet de comparer certaines choses ou certaines actions du point de vue de leur dimension. Certaines choses ou certaines actions sont d'une dimension pertinente et d'autres ne le sont pas.

7.534 La dimension pertinente est indiquée par l'emploi du mot "commercial". Le sens ordinaire du mot "commercial" peut être défini de différentes manières. Les deux définitions suivantes ont été proposées au cours de la présente procédure:

---

<sup>499</sup> L'article 3 de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes prévoit expressément que chaque État contractant peut mettre en œuvre la Convention au moyen de sanctions pénales.

<sup>500</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993). Le Mexique note une définition en espagnol qui fait référence au degré, mais qui n'est pas pertinente dans le contexte; voir la déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, note de bas de page 8.

- "1. Engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce (Se livrant au commerce ou relatif au commerce ou se rapportant au commerce.)
2. (...)
3. Interested in financial return rather than artistry; likely to make a profit; regarded as a mere matter of business (Intéressé par la rentabilité financière plutôt que par le talent artistique; susceptible de réaliser des bénéfices; considéré comme une simple question d'affaire)."<sup>501</sup>

7.535 Le Groupe spécial considère que c'est la première définition qui est pertinente. Elle inclut le terme "commerce" qui peut être défini à son tour comme le fait de "buying and selling; the exchange of merchandise or services, esp. on a large scale"<sup>502</sup> (le fait d'acheter et de vendre ou d'échanger des marchandises ou des services, en particulier à une grande échelle). Si l'on intègre cette définition à celle du mot "commercial", cela indique que "commercial" signifie, à la base, le fait de se livrer à l'achat ou à la vente ou d'être relatif ou de se rapporter à l'achat et à la vente.<sup>503</sup> En combinant cette définition élargie du mot "commercial" et la définition du mot "échelle", on arrive à l'idée d'une ampleur ou d'une importance relative des activités de ceux qui se livrent à l'achat et à la vente ou des activités relatives à l'achat et la vente ou s'y rapportant, ce qui établit un lien avec le marché commercial.

7.536 Les États-Unis font eux aussi observer que les mots "échelle commerciale" établissent un lien avec le marché commercial. Toutefois, ils font référence au premier et au troisième sens donnés dans la troisième définition, mais laissent de côté la deuxième signification "susceptible de dégager un profit" car cet élément se distingue des deux autres.<sup>504</sup>

7.537 Le Groupe spécial note que la troisième définition qui inclut les mots "rather than artistry" (plutôt que le talent artistique) et "mere" (simple) se rapporte à des usages tels que "commercial artist" "artiste commercial", "commercial film" (film commercial) ou "commercial writing" (écrits commerciaux) désignant des activités axées davantage sur la recherche de la rentabilité financière que sur celle de la valeur artistique d'une œuvre, des œuvres qui sont de nature à permettre de réaliser des bénéfices et des œuvres qui sont considérées comme une simple question d'affaire plutôt que comme l'expression d'autres valeurs. Cette définition n'est pas pertinente dans la première phrase de l'article 61.

7.538 En conséquence, le Groupe spécial considère que c'est la première définition donnée plus haut au paragraphe 7.534 qui est appropriée en l'espèce. Toutefois, si l'on combine cette définition du mot "commercial" avec la définition du mot "échelle", cela pose un problème du fait que l'échelle est une notion quantitative tandis que le caractère commercial est une notion qualitative, qui a trait à la nature de certains actes. Certains actes sont en fait des actes commerciaux, tandis que d'autres ne le sont pas. Tout acte de vente peut être décrit comme un acte commercial au sens premier du terme, indépendamment de sa dimension ou de sa valeur. Mais si le mot "commercial" est simplement interprété comme une notion qualitative, s'appliquant à tous les actes relatifs au commerce ou se rapportant au commerce, cela revient à écarter du texte le mot "échelle". Les actes commis à une échelle commerciale seraient simplement des actes commerciaux. L'expression "à une échelle

---

<sup>501</sup> *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

<sup>502</sup> *Ibid.*

<sup>503</sup> Le Groupe spécial fait également observer que la définition du "commerce" lui-même inclut expressément une notion d'"échelle", mais cela semble se rapporter au commerce au sens général du terme comme dans l'expression "trade and commerce" (échange et commerce), qui n'est peut-être pas pertinente pour l'interprétation du mot "commercial".

<sup>504</sup> Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 109, 110 et 123.

commerciale" signifierait simplement "commercial". Une telle interprétation ne permettrait pas de donner sens à tous les termes utilisés dans le traité et serait par conséquent incompatible avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile.<sup>505</sup>

7.539 Le mot "échelle" n'est pas utilisé dans l'Accord sur les ADPIC ailleurs que dans la première et la quatrième phrase de l'article 61. En revanche, l'examen du contexte montre que le mot "commercial" est fréquemment utilisé dans l'Accord sur les ADPIC, en association avec de nombreux autres termes mais nulle part ailleurs avec le mot "échelle". Parmi les autres utilisations du mot "commercial", on trouve "location commerciale"<sup>506</sup>, "à des fins de commerce/commerciales"<sup>507</sup>, "exploitation commerciale"<sup>508</sup>, "conditions et modalités commerciales"<sup>509</sup>, "utilisation publique à des fins non commerciales"<sup>510</sup>, "première exploitation commerciale"<sup>511</sup>, "usages commerciaux honnêtes"<sup>512</sup>, "valeur commerciale"<sup>513</sup>, exploitation déloyale dans le commerce"<sup>514</sup>, "sans caractère commercial"<sup>515</sup> et "intérêts commerciaux légitimes".<sup>516</sup>

7.540 Les dispositions de la Convention de Paris (1967) incorporées par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC utilisent le mot "commercial" dans l'expression "établissement industriel ou commercial" (au singulier ou au pluriel)<sup>517</sup> et dans les expressions "en matière industrielle ou commerciale" et "l'activité industrielle ou commerciale".<sup>518</sup> Dans les dispositions de la Convention de Berne (1971) incorporées par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC on trouve l'expression "without any commercial purpose" ("aucun caractère lucratif").<sup>519</sup> Quant aux dispositions du Traité IPIC incorporées par l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC, elles contiennent les expressions "exploité commercialement" et "exploitation commerciale ordinaire".<sup>520</sup>

7.541 Le contexte montre que les négociateurs ont choisi de qualifier de "commerciales" certaines activités comme la location, l'exploitation ou l'usage. Ils ont aussi choisi d'adjoindre à différents termes tels que "conditions", "valeur", "nature" et "intérêt" le qualificatif de "commerciale" ou "non commerciale". De même, ils auraient pu convenir que l'obligation visée à la première phrase de l'article 61 s'appliquerait aux actes délibérés et "commerciaux" de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Cela aurait englobé toutes les activités commerciales. Du reste, l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC montre que cette formulation a effectivement été suggérée (par les États-Unis) dans un premier temps.<sup>521</sup>

---

<sup>505</sup> Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25, et *Japon – Boissons alcooliques II*, page 14.

<sup>506</sup> Articles 11 et 14:4 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>507</sup> Articles 26:1 et 36 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>508</sup> Article 27:2 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>509</sup> Article 31 b) de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>510</sup> Article 31 b) et c) de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>511</sup> Article 38:1 et 38:2 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>512</sup> Article 39:2 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>513</sup> Article 39:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>514</sup> Article 39:3 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>515</sup> Article 60 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>516</sup> Article 63:4 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>517</sup> Articles 3, 5C 3), 6quinquiesA 2) et 7bis 1) de la Convention de Paris (1967). Cette formule apparaît aussi dans la note de bas de page 1 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>518</sup> Article 10bis de la Convention de Paris (1967).

<sup>519</sup> Articles II(9) a) iv) et IV(4) c) iii) de l'Annexe de la Convention de Berne (1971).

<sup>520</sup> Article 7(1) et (2) du Traité IPIC.

<sup>521</sup> Les États-Unis ont suggéré en octobre 1988 une disposition applicable à la contrefaçon des marques de fabrique et de commerce et à la violation des droits d'auteur effectués "de façon délibérée et à des fins commerciales" (voir le document MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1). Cette suggestion n'a pas été retenue. Une

7.542 Le contexte montre que les négociateurs ont utilisé l'expression "à des fins commerciales" (ou de commerce) dans deux dispositions relatives à la portée de la protection de certaines catégories de droits de propriété intellectuelle et que l'expression "any commercial purpose" (aucun caractère lucratif) avait déjà été utilisée (au singulier) dans l'Annexe de la Convention de Berne (1971) dans des dispositions relatives aux limitations possibles de certains droits. Or, les négociateurs n'ont pas décidé que l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 61 s'appliquerait à tous les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis "à des fins commerciales". Cela aurait englobé toutes les activités menées dans un but lucratif ou pour dégager un profit.

7.543 Au lieu de cela, les négociateurs ont décidé d'utiliser dans l'article 61 l'expression particulière "à une échelle commerciale". Cela indique que le mot "échelle" correspondait à un choix délibéré et qu'il doit en être dûment tenu compte dans l'interprétation. Le mot "échelle" dénote une dimension relative et reflète l'intention des négociateurs d'introduire une limitation à l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article en fonction de la *dimension* des actes de contrefaçon et de piratage. Par conséquent, même si "commercial" est une notion qualitative, il serait erroné d'interpréter uniquement l'expression en ces termes. Dans le contexte, ce mot doit être considéré comme indiquant aussi une quantité.<sup>522</sup>

7.544 Si l'on examine les usages du mot "commercial" dans tout l'Accord sur les ADPIC, il en ressort que ce mot est lié à différentes activités et non pas simplement à la vente sur le marché. Il en ressort également que l'on ne peut pas présumer que les activités "commerciales" se déroulent à une plus grande échelle que d'autres, comme par exemple les activités menées "à des fins publiques et non commerciales" même si ces dernières sont généralement de plus grande ampleur que les utilisations à des fins "personnelles" ou "domestiques". La caractéristique distinctive d'une activité commerciale est qu'elle est à visée lucrative.<sup>523</sup> L'examen des usages du mot "commercial" montre aussi que, à la différence de tous les autres articles, l'article 61 utilise le mot "commercial" pour préciser une notion de dimension.

7.545 De l'avis du Groupe spécial, la combinaison de la définition première du mot "commerciale" et de la définition du mot "échelle" peut cadrer avec le contexte de l'article 61 si l'on évalue non seulement la nature de l'activité, mais aussi ses dimensions relatives, le marché étant pris comme point de repère. Étant donné qu'il n'y a pas d'autre qualificatif que le mot "commercial", ce point de repère doit rendre compte de tout ce que le mot "commercial" évoque ordinairement ou habituellement. Sur le plan quantitatif, ce sera l'ampleur ou l'importance revêtue par les entreprises commerciales ou des activités relatives ou se rapportant au commerce qui sont ordinairement ou habituellement menées, autrement dit l'ampleur ou l'importance de l'activité commerciale ordinaire ou habituelle. Étant donné que l'expression est construite avec l'article indéfini "une", elle fait référence à des activités commerciales ordinaires ou habituelles qui peuvent revêtir une ampleur ou une importance différentes. L'ampleur ou l'importance variera en fonction des "actes" de contrefaçon et de piratage auxquels l'obligation s'applique. De l'avis du Groupe spécial, cela traduit le fait que ce qui est ordinaire ou habituel diffère selon le type de commerce considéré.

7.546 Si l'on considère les arguments avancés par les parties et par diverses tierces parties sur ce point, on constate qu'elles ont essayé de donner un sens approprié à la fois au mot "commerce" et au

---

proposition ultérieure des États-Unis, tout comme certaines autres propositions, contenait l'expression "à une échelle commerciale" (voir le document MTN.GNG/NG11/W/70).

<sup>522</sup> Il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial, aux fins de l'examen de cette allégation, exprime une opinion sur le point de savoir si le mot "commercial" recouvre aussi certains facteurs qualitatifs, tels qu'une visée lucrative.

<sup>523</sup> D'un autre côté, certaines activités – telles que des expérimentations – peuvent être menées en liaison avec ou dans le cadre d'une entreprise sans but lucratif spécifique.

mot "échelle" mais en s'y prenant de différentes manières. Les États-Unis ont initialement proposé l'interprétation suivante:

"ceux qui mènent des activités commerciales dans le but de réaliser "des bénéfices" sur le marché ... par définition, opèrent ... à une échelle commerciale".<sup>524</sup>

7.547 De même, le Canada a fait valoir que "l'échelle commerciale" s'appliquait aux activités menées dans le but de faire du profit.<sup>525</sup> Les Communautés européennes ont estimé que les termes "commerciale" et "échelle" désignaient des activités se rapportant à une affaire ou à la génération de profits.<sup>526</sup>

7.548 Le Groupe spécial considère que ces interprétations ne sont pas satisfaisantes, car elles semblent assimiler "l'échelle commerciale" avec "la fin ou le but commercial" ou simplement avec "le caractère commercial" qui ne sont pas les termes utilisés dans l'article 61.

7.549 Les États-Unis ont ensuite précisé qu'ils n'avaient pas oublié le mot "échelle" dans leur lecture de l'expression "échelle commerciale", et ont donc ajouté une nuance ou deux à leur position initiale en faisant observer ce qui suit:

"le contrevenant qui cherche *sérieusement* à réaliser des bénéfices financiers sur le marché agit nécessairement à une "échelle" qui est "commerciale" et relève donc du sens ordinaire du terme" (italique ajouté et italique omis)<sup>527</sup>; et

"l'expression "échelle commerciale" s'applique certainement aussi à ceux qui exercent *véritablement* des activités commerciales dans le but d'en retirer des bénéfices financiers".<sup>528</sup> (pas d'italique dans l'original)

7.550 En réponse à une demande de clarification du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué ce qui suit:

"Les États-Unis ont employé les mots "sérieusement" ou "véritablement" pour souligner que la personne portant atteinte au droit de propriété intellectuelle devait s'employer concrètement à rechercher un profit financier en menant des activités commerciales d'une ampleur non négligeable sur le marché par opposition, par exemple, à quelqu'un qui ferait une seule opération à caractère limité sur ce marché.

Le point de savoir si un contrevenant exerce "sérieusement" ou "véritablement" des activités commerciales dépend des faits et des circonstances entourant cette activité. (...)"<sup>529</sup>

7.551 Le Groupe spécial croit comprendre que, dans cette interprétation plus nuancée, "l'échelle commerciale" est définie comme comprenant à la base tout ce qui est "commercial", à l'exception de certaines activités négligeables ou *de minimis*. On ne voit pas bien en quoi les mots "sérieusement" et "véritablement" indiquent que les activités ne sont "pas négligeables" – tout au plus le mot "sérieusement" dénote-t-il quelque chose de plus important. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'en

---

<sup>524</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110. Dans cette communication, les États-Unis ont également interprété le mot "échelle"; voir plus loin le paragraphe 7.659.

<sup>525</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 5.

<sup>526</sup> Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 4 et 14.

<sup>527</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 17.

<sup>528</sup> Déclaration orale finale des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 15.

<sup>529</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 63.

examiner plus attentivement le sens étant donné que le mot "sérieusement" n'est pas utilisé dans les termes du traité et n'est pas non plus sous-entendu dans les termes utilisés.

7.552 Même si l'approche plus nuancée des États-Unis a le mérite de faire ressortir qu'ils n'interprètent pas l'expression "échelle commerciale" comme s'appliquant aux mêmes catégories d'actes que l'expression "à des fins commerciales (ou à des fins lucratives)", la différence paraît minime. Certes, dans cette définition plus nuancée le mot "échelle" n'est pas totalement gommé du texte, mais la portée en est atténuée au point qu'il perd l'importance que les négociateurs avaient eu à l'évidence l'intention de lui donner. Les négociateurs ont choisi le mot "échelle" qui fait référence à la dimension, plutôt que d'autres mots employés ailleurs dans l'Accord qui n'excluent pas des activités sur la base de leur dimension. Ils ont aussi utilisé le mot "échelle" à la quatrième phrase de l'article 61, en association avec les mots "en particulier", lesquels seraient quasiment redondants si la phrase voulait simplement dire que les Membres pourraient prévoir des procédures pénales et des peines applicables "en particulier" à des activités qui ne peuvent pas être considérées comme négligeables ou *de minimis*. Tout le contexte de la Partie III montre que les limitations introduites dans la section 5 traduisent une volonté de ne viser que les violations les plus flagrantes et les plus graves.

7.553 Quant à l'opinion selon laquelle "à une échelle commerciale" est, à la base, une disposition *de minimis*, le Groupe spécial n'a pas besoin de remonter plus haut que la disposition précédente, l'article 60, pour voir comment les négociateurs ont traité cette question. L'article 60 fait partie de la section 4 qui traite des prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière et a un but comparable à celui de l'expression "à une échelle commerciale" utilisée dans l'article 61, à savoir définir la limite inférieure de l'infraction à partir de laquelle un type particulier de procédure destiné à faire respecter les droits doit exister. Toutefois, la formulation de chacun de ces deux articles est très différente: l'article 60 définit l'infraction *de minimis* en termes de volume ("petites quantités"), de nature ("sans caractère commercial") et de circonstances ("dans les bagages personnels des voyageurs ou expédiées en petits envois"). Si les négociateurs avaient voulu exclure simplement les violations *de minimis* de la norme minimale établie par l'article 61, ils auraient pu suivre le modèle de l'article 60 ou utiliser une formule telle que "excepté pour un usage limité ou personnel". Mais, ils ne l'ont pas fait.<sup>530</sup> Au lieu de cela, l'article 61 fait référence à la dimension ("échelle"), laquelle est qualifiée seulement par le mot "commerciale". Cela indique que les négociateurs avaient à l'esprit quelque chose de différent du *de minimis*. L'article 60 indique aussi que les négociateurs n'ont pas assimilé "petit" et "non commercial", confirmant qu'une échelle "commerciale" n'est pas nécessairement une petite ou une grande échelle.

7.554 Parmi les tierces parties, le Brésil a fait référence à un niveau suffisamment "important" ou "grand", compte tenu de certains facteurs.<sup>531</sup> Le Mexique a parlé d'activités "significatives"<sup>532</sup>; la Corée a fait référence à des opérations commerciales menées "de façon plus ou moins systématique"<sup>533</sup>, le Canada a quant à lui reconnu ce qui suit:

"il n'y a peut-être pas d'étalon de mesures aisément quantifiable car l'Accord sur les ADPIC n'en prévoit aucune. Cette omission laisse supposer que le critère est

---

<sup>530</sup> En fait, les États-Unis ont suivi le même raisonnement pour expliquer pourquoi la référence aux "circonstances exceptionnelles" à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC n'était pas un critère *de minimis* (voir plus haut le paragraphe 7.387).

<sup>531</sup> Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 36.

<sup>532</sup> Déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, paragraphe 6.

<sup>533</sup> Communication écrite de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 27.

qualitatif: à savoir ce qu'une personne raisonnable estimerait dans ces circonstances."<sup>534</sup>

7.555 Le Groupe spécial considère que ces interprétations, même si elles reflètent des considérations de politique intérieure tout à fait valables, sont sans fondement clair dans les règles d'interprétation des traités que le Groupe spécial est tenu d'appliquer. Toutes ces interprétations sont des explications valables de la raison pour laquelle ces atteintes aux droits doivent être considérées comme illicites mais elles n'expliquent pas pourquoi elles doivent constituer des infractions pénales. La réponse à cette question doit être trouvée dans les termes du traité tels qu'ils ont été finalement retenus.

7.556 À cet égard, il semble pertinent de rappeler que les négociateurs ont choisi une locution qui était différente des formules telles que "fins commerciales" ou de "rentabilité financière" utilisées dans la législation nationale d'un certain nombre de participants.

7.557 Si l'on regarde maintenant comment le défendeur a interprété l'expression "à une échelle commerciale", la Chine estime que ces mots doivent être considérés comme un terme unique.<sup>535</sup> Les États-Unis proposent que chacun des deux mots de l'expression soit interprété séparément et ne considèrent pas que d'autres sens ordinaires de cette expression puissent être pertinents en l'espèce.<sup>536</sup>

7.558 Le Groupe spécial fait observer que la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne fait référence, au paragraphe 1, au sens ordinaire des termes du traité lus dans leur contexte. Lorsque les termes en question sont constitués d'un seul mot ou sont des mots ordinairement utilisés ensemble, l'interprète du traité devrait se référer au sens ordinaire de ce seul mot, ou de chacun des mots pris dans le contexte particulier des autres. C'est un exercice distinct de celui qui est prévu au paragraphe 4 de l'article 31 de la *Convention de Vienne*, qui veut que l'on donne "un sens particulier" à un terme s'il est établi que telle était l'intention des parties. Aucune partie au présent différend ne considère qu'il y a lieu de donner un sens particulier à l'expression "à une échelle commerciale" et le Groupe spécial ne le pense pas non plus.

7.559 Le Groupe spécial suivra l'approche expliquée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*:

"L'Organe d'appel a fait observer que les dictionnaires étaient un "bon point de départ" pour analyser le "sens ordinaire" d'un terme conventionnel, mais qu'ils n'étaient pas nécessairement concluants. 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>537</sup>

7.560 Le Groupe spécial rappelle que, dans la définition du dictionnaire du mot "échelle" (citée plus haut au paragraphe 7.533), on donnait comme exemples à *une grande*, à *une large*, à *une petite*, etc., *échelle*" pour montrer que la formule "à une ... échelle" était fréquemment employée. Il apparaît donc

---

<sup>534</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 7.

<sup>535</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 69 à 71.

<sup>536</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 68.

<sup>537</sup> Rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 175, dans lequel est cité le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 59, et dans lequel il est fait référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 48, et *États-Unis – Jeux*, paragraphe 166, et dans lesquels est cité l'ouvrage de McNair, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), page 365.

que l'emploi des mots "à une échelle commerciale" en tant qu'expression correspond à leur sens ordinaire.

7.561 Les circonstances entourant l'emploi de l'expression "à une échelle commerciale" montrent que celle-ci a été utilisée, et dans certains cas définie, dans la législation relative à la propriété intellectuelle de divers pays, parfois depuis près d'un siècle. Plus spécifiquement, les lois de ces pays sur les brevets font référence à l'exploitation des inventions, ou à leur défaut d'exploitation, "à une échelle commerciale".<sup>538</sup> Cette expression est utilisée en relation avec l'exploitation de l'objet protégé, comme dans l'article 61, mais le but de ces dispositions sur le défaut d'exploitation, et les considérations qui les sous-tendent, n'ont rien à voir avec ceux qui se rapportent aux procédures pénales visées à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Il n'y a pas suffisamment d'éléments indiquant que le sens donné à l'expression "à une échelle commerciale" dans ces lois était celui que les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC entendaient lui attribuer quand ils ont utilisé cette expression dans les première et quatrième phrases de l'article 61. Toutefois, cette circonstance montre que l'expression était utilisée dans le contexte de la propriété intellectuelle longtemps avant la négociation de l'Accord sur les ADPIC.

7.562 L'expression "à une échelle commerciale" a aussi été utilisée dans le contexte spécifique de la contrefaçon des marques de commerce ou de fabrique et du piratage portant atteinte au droit d'auteur par le Comité d'experts de l'OMPI sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie, en 1988 à la même époque que la première partie des négociations de l'Accord sur les ADPIC. Dans le projet de dispositions types pour les lois nationales figurant dans un mémorandum du Bureau international de l'OMPI établi à l'intention de ce comité, figuraient notamment à l'article A 1), 2) et 3) trois dispositions types portant respectivement sur la fabrication en tant qu'acte de contrefaçon, la fabrication en tant qu'acte de piraterie, et les actes additionnels de contrefaçon et de piraterie. Dans chacune de ces dispositions types, il était dit que les produits étaient fabriqués ou que l'acte était commis "à une échelle commerciale" et l'expression "échelle commerciale" était accompagnée d'une observation explicative.<sup>539</sup>

7.563 Les éléments versés au dossier montrent qu'il y a eu de nombreuses autres utilisations des mots "échelle commerciale" et de l'expression "à une échelle commerciale" dans des contextes divers. En conséquence, le Groupe spécial considère que les mots "commerciale" et "échelle" fournissent l'un et l'autre un contexte important pour l'analyse de leur sens ordinaire respectif lorsqu'ils sont utilisés ensemble dans la locution "à une échelle commerciale" comme dans la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

7.564 La Chine estime que l'expression "à une échelle commerciale" désigne "une activité portant atteinte à un droit dont l'ampleur est considérable".<sup>540</sup> La Chine fait référence à quatre emplois isolés de l'expression "échelle commerciale" s'échelonnant sur une période de 40 ans: cette expression a été

---

<sup>538</sup> Voir, par exemple, la Loi australienne sur les brevets de 1990 s. 135(1) (mentionnée dans la réponse à la question n° 9 posée aux tierces parties); la Loi sur les brevets de l'Inde de 1970, ss. 83-84; la Loi sur les brevets de l'Afrique du Sud de 1978, s. 56; la Loi sur les brevets du Royaume-Uni 1977-1988, s. 50; la Loi sur les brevets du Zimbabwe de 1971, s. 31, dans la pièce CHN-198, et les lois sur les brevets d'autres pays du Commonwealth. Précédemment, la Loi sur les brevets et les dessins et modèles du Royaume-Uni de 1919, s. 27, faisait référence à l'exploitation d'un brevet "à une échelle commerciale".

<sup>539</sup> Cette explication était la suivante:

""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".

Voir le document de l'OMPI C&P/CE/2 des 18 et 19 février 1988, paragraphe 17, reproduit dans la pièce CHN-43.

<sup>540</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 64.

employée une fois lors de la Conférence de La Havane de 1947-1948, une fois lors d'une réunion du Conseil du GATT en 1985 et deux fois dans des lois des États-Unis sur le développement des énergies nouvelles. La Chine en tire une interprétation évocatrice d'une activité à l'échelle industrielle.<sup>541</sup>

7.565 Le Groupe spécial considère que cette interprétation est prédéterminée par le contexte des utilisations qui ont été sélectionnées par la Chine et qui se rapportent à des activités "à l'échelle commerciale" menées à un niveau industriel. Cette interprétation n'est pas pertinente dans le contexte de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, qui concerne des actes portant atteinte à des droits individuels, y compris les droits subsistant dans des produits pris individuellement. Cette interprétation aboutit simplement à remplacer le terme "commercial" qui est utilisé dans le texte par le terme "considérable" qui n'est pas utilisé dans le texte, ce qui revient à en donner une lecture qui exclut le terme "commercial".

7.566 La Chine allègue aussi que l'observation explicative accompagnant le projet de dispositions types fournit un exemple de l'emploi ordinaire de l'expression "échelle commerciale".<sup>542</sup>

7.567 Le Groupe spécial note que l'observation explicative n'était pas censée être une définition mais avait été rédigée par le Bureau international de l'OMPI dans le but exprès d'explicitier une disposition relative à la fabrication figurant dans le projet de dispositions types. Il ressort du rapport du Comité d'experts de l'OMPI sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie d'avril 1988 que la notion "d'échelle commerciale" a en fait donné lieu à des controverses.<sup>543</sup> Il ne s'agit donc pas d'un exemple d'emploi ordinaire: de toute manière, le projet de dispositions types du Comité d'experts lui-même n'a jamais été adopté.<sup>544</sup> Par conséquent, il ne serait pas approprié de se fonder sur une observation explicative qui accompagnait ce projet de dispositions et de l'élever au rang d'interprétation correcte du texte d'un traité qui a été négocié dans une autre enceinte et qui, lui, a été finalement adopté.

7.568 S'agissant d'autres éléments versés au dossier, deux tierces parties ont opposé la production "à une échelle commerciale" à la production "pilote" et à la production "à petite échelle à titre d'essai".<sup>545</sup> Le Groupe spécial juge ces autres expressions intéressantes en l'espèce parce qu'elles indiquent une quantité et parce que cette production peut être un acte de contrefaçon ou de piraterie.

7.569 En réponse à des questions du Groupe spécial, la Chine, mais pas les États-Unis, a fourni d'autres exemples d'emplois ordinaires de l'expression "échelle commerciale", figurant notamment dans des communiqués de presse de sociétés, dans des demandes déposées auprès de la US Securities and Exchange Commission et dans des demandes de brevet. Les États-Unis font valoir que ces exemples sont fonction de la "lexicographie propre" des personnes concernées et qu'ils ne sont pas utilisés de la même manière.<sup>546</sup> Les États-Unis notent aussi que les demandes de brevet n'ont aucun rapport avec la *première* phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

7.570 Le Groupe spécial considère que chacun des emplois répertoriés, qui sont en langue anglaise, reflète l'idée que les auteurs se font du sens ordinaire de ces mots et expressions dans cette langue.

---

<sup>541</sup> Pièces CHN-44, CHN-45, CHN-46 et CHN-47.

<sup>542</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 76.

<sup>543</sup> Voir le rapport adopté par le Comité d'experts de l'OMPI sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie, document de l'OMPI C&P/CE/4 du 28 avril 1988, reproduit dans la pièce CHN-72, paragraphes 71 à 81 et 94.

<sup>544</sup> La session d'avril 1988 du Comité d'experts n'a pas pu achever ses travaux et il a été envisagé de préparer un texte révisé: voir le rapport susmentionné dans la note de bas de page 543, au paragraphe 177.

<sup>545</sup> Réponses respectives de l'Australie et du Mexique à la question n° 4 posée aux tierces parties.

<sup>546</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 69; observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 68.

C'est la raison pour laquelle une langue permet aux personnes qui la parlent de se comprendre mutuellement et ce sont ces significations-là qui figurent dans les dictionnaires. Naturellement, il peut y avoir des mots et expressions qui, dans une même langue, ont plusieurs significations, par exemple un sens "courant ou rare, universel ou spécialisé".<sup>547</sup> Il incombe au Groupe spécial d'évaluer ces emplois dans leur contexte afin de déterminer ce qui est pertinent pour le problème d'interprétation qui se pose, comme le Groupe spécial l'a fait quand il s'est trouvé face à plusieurs définitions des mots "commercial" et "échelle" dans le même dictionnaire. Le Groupe spécial note aussi que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC fait spécifiquement référence, dans sa *quatrième* phrase, à la notion d'atteinte à d'autres droits de propriété intellectuelle "à une échelle commerciale".

7.571 Si l'on regarde le sens ordinaire de l'expression "à une échelle commerciale", on trouve à la fois des exemples d'emplois de cette expression précise et des exemples d'utilisation des mots "échelle commerciale" suivis d'un substantif. Nous ne voulons pas dire que cela en modifie le sens. Parmi les substantifs relevés, on trouve "fabrication", "production", "installation", "procédé", "réacteur", "composition" et "culture" et cette expression suit parfois également les verbes "fabriquer" et "employer".<sup>548</sup> Cela confirme que l'expression peut être utilisée comme un terme unique dans différents contextes.

7.572 Certains de ces substantifs, en particulier "fabrication" et "production", désignent des actes qui peuvent constituer une contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou un piratage portant atteinte à un droit d'auteur et sont donc particulièrement pertinents pour l'interprétation de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, la contrefaçon et le piratage comprennent d'autres actes que la fabrication et la production. Nous n'avons pas d'exemples répertoriés d'emplois de cette expression avec les mots "vente" ou "vendre".

7.573 Une simple recherche en ligne sur les bases de données relatives aux brevets du Traité de coopération en matière de brevets, de l'Office des brevets et des marques des États-Unis et de l'Office européen des brevets montre que l'expression "échelle commerciale" est utilisée dans de nombreuses demandes de brevet. La Chine a fourni des extraits de demandes de brevet qui définissent l'expression "échelle commerciale" en termes quantitatifs précis de volume, de poids ou de vitesse.<sup>549</sup> Ces définitions sont très variables et se rapportent à différents facteurs, selon l'invention qui fait l'objet de la demande. La Chine tire de ces éléments de preuve la conclusion suivante:

"Dans le contexte des demandes de brevets, l'expression "échelle commerciale" fait référence à un certain ordre de grandeur. Celui-ci n'est pas forcément objectivement élevé, mais il est relativement élevé dans le contexte de l'opération considérée."<sup>550</sup>

7.574 Les États-Unis jugent cette déclaration "très parlante" et rappellent qu'à leur avis:

"[S]ur la base du sens ordinaire des mots, ce qui caractérise un piratage ou une contrefaçon "à l'échelle commerciale" varie selon le produit et le marché considérés

---

<sup>547</sup> Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 164.

<sup>548</sup> Communiqué de presse de Novovax et Dupont et dossiers déposés auprès de la US Securities and Exchange Commission pour Amylin Pharmaceuticals, Inc., Biocryst Pharmaceuticals, Inc., Cambridge Display Technology, Inc. et Verenum Corporation, dans la pièce CHN-196; et éléments de preuve originaux soumis par la Chine dans les pièces CHN-44, CHN-45, CHN-46 et CHN-47.

<sup>549</sup> Demandes internationales publiées dans le cadre du PCT: WO 00/61722; WO 2004/054949 A1; WO 2006/110534 A2; WO2008/020357 A2; brevet n° 6 525 205 B2 des États-Unis; demande de brevet des États-Unis n° 2007/0202578 A1; dans la pièce CHN-197.

<sup>550</sup> Réponse de la Chine à la question n° 69.

et, par conséquent, ce qui est "à l'échelle commerciale" peut être déterminé en regardant les facteurs qui se rapportent à une situation donnée".<sup>551</sup>

7.575 Les États-Unis font valoir que les emplois de l'expression dans les communiqués de presse ou dans les dossiers de la SEC doivent être analysés dans leur contexte et que, par exemple:

"[L]e point de savoir si une activité de fabrication est "à une échelle commerciale" peut revenir en réalité à déterminer si l'activité est exercée à une échelle ou à un niveau d'efficacité économique qui permet à cette entreprise publique de réaliser un retour sur investissement ou de dégager un profit pour ses actionnaires."<sup>552</sup>

7.576 Le Groupe spécial note qu'un certain degré de convergence s'est établi entre les points de vue des parties, par rapport à leur position initiale, lorsqu'elles analysent ces emplois ordinaires de l'expression "échelle commerciale". Le Groupe spécial considère que les contextes dans lesquels l'expression "à une échelle commerciale" ou "échelle commerciale" est utilisée montrent, compte tenu de leur diversité, que chacun des mots "commerciale" et "échelle" fournit un contexte important pour l'interprétation de l'autre lorsqu'ils sont utilisés ensemble. Leur sens combiné varie beaucoup suivant le contexte et le manque de précision de cette expression est évident.<sup>553</sup> Toutefois, il est clair qu'aucun de ces emplois ne fait référence à des activités qui sont simplement commerciales. En réalité, ils visent à l'évidence à distinguer certaines activités (ou installations) qui se rapportent au commerce ou ont une incidence sur le commerce, mais qui ne correspondent pas à un point de repère du marché en termes de ce qui est ordinaire. Le point de repère précis, dans chaque cas, dépend du produit ou du marché auquel l'expression se rapporte.

7.577 Le Groupe spécial rappelle l'opinion qu'il a exprimée plus haut au paragraphe 7.545 et constate, à la lumière des éléments qui ont été examinés dans ce paragraphe, qu'une "échelle commerciale" désigne l'ampleur ou l'importance d'activités commerciales ordinaires ou habituelles. En conséquence, la contrefaçon ou le piratage commis "à une échelle commerciale" font référence à des actes de contrefaçon ou de piratage atteignant le niveau d'ampleur ou d'importance de l'activité commerciale qui est ordinaire ou habituelle pour un produit donné sur un marché donné. C'est l'ampleur ou l'importance de l'activité commerciale ordinaire ou habituelle pour un produit donné sur un marché donné qui fournit le point de repère à partir duquel il faut évaluer l'obligation énoncée à la première phrase de l'article 61. Il s'ensuit que ce qui constitue une échelle commerciale pour des actes de contrefaçon ou de piratage visant un produit particulier sur un marché particulier va dépendre de ce qui constitue une importance ou une ampleur ordinaire ou habituelle pour ce produit sur ce marché, qui peut être grand ou petit. L'ampleur ou l'importance d'une activité commerciale ordinaire ou habituelle est liée, à terme, à sa rentabilité.<sup>554</sup>

7.578 Le Groupe spécial observe que ce qui est ordinaire ou habituel dans le commerce est une notion assez souple. Le contexte immédiat fourni par la deuxième phrase de l'article 61, qui est étroitement liée à la première, contient lui aussi des notions assez souples comme [sanctions] "dissuasives" ou de "gravité correspondante". Ces termes ne sont pas plus précis que les termes "échelle commerciale" et tous dépendent des circonstances, qui varient selon les formes de commerce et les formes de contrefaçon ou de piratage auxquels ces obligations s'appliquent.

---

<sup>551</sup> Observation des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 69, dans laquelle ils citent leur réponse à la question n° 16, et deuxième déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphes 10 et 11.

<sup>552</sup> Observation des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 68.

<sup>553</sup> Ce manque de précision est souligné par le fait que des définitions spécifiques sont ajoutées dans les demandes de brevet.

<sup>554</sup> Cette constatation est sans préjudice de l'aspect qualitatif de "l'échelle commerciale" examiné dans le cadre du deuxième élément de cette allégation.

7.579 Les parties ont présenté certains autres faits et arguments concernant l'interprétation de l'expression "une échelle commerciale", que le Groupe spécial va maintenant examiner.

vi) *Pratique ultérieurement suivie*

7.580 La Chine fait référence à certains éléments qu'elle considère comme étant "la pratique ultérieurement suivie", au sens de l'article 31(3) de la Convention de Vienne, dans l'application de l'Accord sur les ADPIC. Parmi ces éléments figurent les politiques appliquées par les autorités de deux Membres pour faire respecter les droits, ainsi qu'un projet de directive d'un autre Membre et divers accords de libre-échange conclus par les États-Unis.<sup>555</sup>

7.581 Le Groupe spécial a passé en revue ces éléments et considère qu'ils ne sont pas suffisamment nombreux pour que l'on puisse y discerner des actes ou déclarations communs et d'une certaine constance. En outre, la teneur de ces éléments ne laisse pas supposer qu'il y a eu un accord sur l'interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>556</sup> Par conséquent, le Groupe spécial ne considère pas qu'ils constituent une pratique ultérieurement suivie aux fins de la présente interprétation.

vii) *Moyens complémentaires d'interprétation*

7.582 La Chine a fait observer initialement que le projet de dispositions types contenait une définition qui avait constitué la base de la discussion concernant l'expression en question lors de la négociation de l'Accord sur les ADPIC.<sup>557</sup>

7.583 Les États-Unis ont répondu que le statut de ce document au regard de la Convention de Vienne n'était pas très clair. Si ce document pouvait être utilisé comme un moyen complémentaire d'interprétation, cela confirmerait que toute une série de facteurs seraient à prendre en considération pour déterminer si un acte est commis à une échelle commerciale.<sup>558</sup>

7.584 Le Canada et le Japon font référence à l'observation explicative sur l'"échelle commerciale" qui accompagnait le projet de dispositions types, en notant qu'elle mentionnait à la fois des facteurs quantitatifs et des facteurs non quantitatifs. Tout en estimant qu'il est d'un intérêt limité de recourir à des moyens complémentaires d'interprétation, les Communautés européennes font la même constatation.<sup>559</sup>

7.585 Le Groupe spécial rappelle les observations qu'il a formulées plus haut au paragraphe 7.567 concernant l'observation explicative accompagnant le projet de dispositions types. Il apparaît que l'observation explicative ne reflétait pas les intentions communes du Comité d'experts de l'OMPI sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie et encore moins les intentions communes des participants à la négociation de l'Accord sur les ADPIC.

7.586 Le projet de dispositions types a été mentionné dans les comptes rendus des négociations sur les ADPIC, respectivement en mai 1988<sup>560</sup> et en août 1988<sup>561</sup>, dans le contexte d'une discussion sur la

---

<sup>555</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 104 à 108.

<sup>556</sup> Voir les rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 15; *États-Unis – Jeux*, paragraphes 192 et 193; et *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 259.

<sup>557</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 72 à 75 et 110.

<sup>558</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 26 à 37.

<sup>559</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 6; communication écrite du Japon en tant que tierce partie, paragraphes 22 et 23; déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 11 et 12.

<sup>560</sup> Il avait été suggéré qu'à cet égard le Groupe de négociation tiennne compte des définitions figurant dans la législation nationale, de celles auxquelles travaillait le Comité d'experts de l'OMPI sur des mesures de

portée d'un cadre relatif au commerce de marchandises de contrefaçon (qui n'a jamais vu le jour). Les documents du Comité d'experts de l'OMPI, y compris le projet de dispositions types, ont été communiqués au Groupe de négociation sur les ADPIC et mis à la disposition des délégations intéressées pour consultation au secrétariat du GATT, en juin 1988, mais n'ont pas été distribués.<sup>562</sup> Le Groupe spécial considère que cela indique que les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC avaient connaissance de l'observation explicative du Bureau international de l'OMPI concernant l'expression "échelle commerciale", mais cela ne veut pas dire que la teneur de cette observation reflétait leurs intentions communes.

7.587 Il existe une certaine coïncidence temporelle entre les travaux du Comité d'experts de l'OMPI et l'utilisation de l'expression "échelle commerciale" dans la rédaction de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. La proposition des Communautés européennes de mai 1989 concernant les négociations sur la protection des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("proposition des CE")<sup>563</sup> contenait un projet de disposition sur les procédures et sanctions pénales qui présentait une forte similitude avec les première, deuxième et quatrième phrases de l'article 61 dans le texte final de l'Accord sur les ADPIC. C'était aussi la première proposition qui utilisait les mots "à une échelle commerciale". En réponse à une question posée par le Groupe spécial, les Communautés européennes ont indiqué ce qui suit:

"en dépit de recherches approfondies, les Communautés européennes n'ont pas pu établir que l'expression "à une échelle commerciale" contenue dans leur proposition du 30 mai 1989 était tirée d'un autre instrument".<sup>564</sup>

7.588 Quoiqu'il en soit, il existe des différences entre le projet de dispositions types du Comité d'experts de l'OMPI, la proposition des CE sur les procédures et sanctions pénales soumise au Groupe de négociation sur les ADPIC et les termes de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. En particulier, le projet de dispositions types incorporait l'expression "à une échelle commerciale" dans les notions de "contrefaçon" et de "piraterie" tandis que l'article 61 utilisait cette expression pour qualifier la notion "d'actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur". En outre, l'observation explicative qui accompagnait le projet de dispositions types portait uniquement sur l'acte de fabrication tandis que l'article 61 englobe tous les actes de contrefaçon et de piratage.

7.589 Le compte rendu des négociations sur les ADPIC ne révèle l'existence d'aucune discussion sur le sens de l'expression "à une échelle commerciale".

7.590 Par conséquent, le Groupe spécial ne considère pas que l'observation explicative qui accompagnait le projet de dispositions types jette un éclairage plus net que celui dont il est question plus haut au paragraphe 7.562 au sujet des intentions des négociateurs de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'ils ont utilisé l'expression "échelle commerciale".

---

lutte contre la contrefaçon et la piraterie et des obligations pertinentes énoncées dans les conventions relatives à la propriété intellectuelle: voir le compte rendu de la réunion dans le document MTN.GNG/NG11/7, paragraphes 23 et 33, dans la pièce CHN-71.

<sup>561</sup> Un participant a suggéré d'utiliser, pour déterminer les types d'atteinte aux droits qui seraient visés par le cadre relatif au commerce des marchandises de contrefaçon, le critère suggéré dans le projet de loi type de l'OMPI: voir le compte rendu de la réunion dans le document MTN.GNG/NG11/8, au paragraphe 52, dans la pièce CHN-55.

<sup>562</sup> Voir le document du GATT MTN.GNG/NG11/W/5/Add.6.

<sup>563</sup> Document du GATT MTN.GNG/NG11/W/31.

<sup>564</sup> Réponse des Communautés européennes à la question n° 8 posée aux tierces parties.

viii) *Article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC*

7.591 La Chine estime que l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC fait apparaître clairement qu'aucune des dispositions sur les moyens de faire respecter les droits ne peut être interprétée comme obligeant les Membres à fixer des seuils très bas – exigeant la mobilisation de moyens de répression importants – pour la criminalisation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle.<sup>565</sup> La Chine a ensuite précisé que des seuils très bas supposaient la mobilisation de moyens importants car il ne pouvait être satisfait à la première phrase de l'article 61 qu'au moyen de mesures pénales qui étaient effectivement appliquées.<sup>566</sup>

7.592 Les États-Unis n'allèguent pas que la Chine a l'obligation de poursuivre tous les actes de contrefaçon et de piratage tombant sous le coup de la première phrase de l'article 61.<sup>567</sup>

7.593 L'article 41:5 dispose 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."

7.594 Le Groupe spécial considère que l'article 41:5 est une disposition importante pour l'équilibre général des droits et obligations dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Les deux phrases s'appliquent à l'ensemble de la "présente partie", qui inclut l'article 61.

7.595 La première phrase de l'article 41:5 ne paraît pas pertinente pour le présent différend. En Chine, il existe des services administratifs chargés de faire respecter la propriété intellectuelle qui sont distincts des organismes chargés de faire appliquer la loi en général. La Chine n'a aucune obligation de mettre en place un système judiciaire séparé pour faire respecter les DPI.

7.596 La deuxième phrase de l'article 41:5 a trait à la répartition des ressources destinées à faire respecter les droits. De l'avis du Groupe spécial, cela joue un rôle important par rapport à l'article 41 et, en particulier, son paragraphe 1<sup>568</sup> et par rapport à l'exercice effectif du pouvoir de faire respecter les droits de propriété intellectuelle dont il est question dans toute la Partie III. Toutefois, les constatations du Groupe spécial dans le présent différend concernant la première phrase de l'article 61 portent uniquement sur la question de savoir quels actes d'atteinte aux droits doivent être criminalisés et non pas quels sont ceux qui doivent faire l'objet de poursuites.

7.597 La Chine fait référence à la deuxième phrase de l'article 61 sur les mesures correctives et note qu'elle contient un élément de flexibilité exprimé par la formule "en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante". La Chine fait valoir que, si les Membres ne sont pas tenus d'imposer des peines importantes pour des délits de faible gravité, ils ne devraient pas être tenus non plus de réprimer les infractions en matière de propriété intellectuelle commises à petite

---

<sup>565</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 98 à 101.

<sup>566</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 122 à 124; voir aussi la réponse des Communautés européennes à la question n° 10 posée aux tierces parties. L'Australie fait une remarque similaire concernant la deuxième phrase de l'article 61: voir sa communication écrite en tant que tierce partie, paragraphe 25.

<sup>567</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 47 et 48.

<sup>568</sup> L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC est cité plus haut au paragraphe 7.170.

échelle.<sup>569</sup> Le Groupe spécial rappelle simplement l'observation qu'il a formulée à ce sujet au paragraphe 7.596 et confirme qu'il n'a pas fait de constatation concernant une quelconque obligation de poursuivre.

7.598 La Chine demande au Groupe spécial de noter que sa loi pénale permet à des particuliers de poursuivre les auteurs de certains délits. Elle émet l'hypothèse qu'en fixant des seuils d'infraction pénale trop bas "on pourrait déclencher une vague d'actions privées qui feraient peser une charge importante sur le système judiciaire".<sup>570</sup> Toutefois, en réponse aux questions posées, la Chine n'a pas été en mesure de justifier cette inquiétude. En particulier, elle ne disposait d'aucune donnée sur ce qui s'était passé après qu'elle eut abaissé en 2004 les seuils applicables pour les actes délictueux portant atteinte aux DPI.<sup>571</sup> Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas à examiner cette question plus avant.

7.599 À la lumière de ce qui précède, le Groupe spécial confirme son interprétation de l'expression "à une échelle commerciale" exposée plus haut au paragraphe 7.577. Le Groupe spécial va maintenant appliquer cette interprétation aux mesures en cause.

*ix) Conformité des mesures en cause en ce qui concerne le niveau des seuils fixés*

7.600 Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.545 concernant l'interprétation de la formule "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"" utilisée dans l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial rappelle, en particulier, qu'il s'agit là d'une norme relative qui varie en fonction des différentes situations de fait auxquelles elle s'applique.

7.601 Le Groupe spécial relève que c'est le niveau de l'obligation conventionnelle qui varie en fonction des différentes situations de fait et pas nécessairement les moyens par lesquels les Membres choisissent d'appliquer cette norme. Le Groupe spécial rappelle que la troisième phrase de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, citée et examinée plus haut aux paragraphes 7.512 et 7.513, dispose ce qui suit:

"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."

7.602 Cette disposition confirme que l'Accord sur les ADPIC n'impose pas des formes de législation spécifiques.<sup>572</sup> Le Groupe spécial ne peut pas simplement présumer qu'un Membre doit donner à ses autorités un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce qui a lieu à une échelle commerciale dans un cas donné, et ne peut pas non plus simplement présumer que des seuils, y compris des critères numériques, sont incompatibles avec la norme relative contenue dans la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Dès l'instant où un Membre prévoit effectivement que des procédures pénales et des peines s'appliqueront aux actes délibérés de contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale, il s'acquiesce de son obligation. S'il est allégué que la méthode utilisée par un Membre pour mettre en œuvre cette disposition ne permet pas de couvrir de tels actes, cette allégation doit être étayée par des

---

<sup>569</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 108 à 110.

<sup>570</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 38, faisant référence à l'article 170 du Code de procédure pénale cité à nouveau dans l'article 5 de l'Interprétation judiciaire n° 6 [2007].

<sup>571</sup> Réponse de la Chine à la question n° 14.

<sup>572</sup> Les États-Unis acceptent ce principe: voir leur communication présentée à titre de réfutation, paragraphes 42 à 44; et leur réponse à la question n° 54.

éléments de preuve. En conséquence, le Groupe spécial examinera si les éléments de preuve montrent que la Chine ne prévoit pas les procédures pénales et les peines qui doivent s'appliquer en pareil cas.

7.603 Le Groupe spécial commencera par examiner le premier élément de l'allégation. Dans ce premier élément de leur allégation, les États-Unis contestent les *niveaux* auxquels sont fixés certains seuils. Ayant choisi de contester le niveau d'une série de seuils numériques par rapport à une norme relative, les États-Unis doivent démontrer que ces niveaux sont plus élevés que ce qu'exigerait la norme en question dans certaines situations factuelles. Cela appelle des éléments de preuve quantitatifs. Le Groupe spécial examinera ensuite le deuxième élément de l'allégation dans lequel les États-Unis contestent les *facteurs* qui sont pris en compte dans les seuils d'infraction pénale. Cela appelle des éléments de preuve qualitatifs.

7.604 Les parties conviennent que la norme "à une échelle commerciale" varie en fonction du produit et du marché considérés et que la conformité avec cette norme des seuils d'infraction pénale appliqués par la Chine doit être évaluée par rapport au marché chinois.<sup>573</sup>

7.605 Le Groupe spécial rappelle qu'un précédent groupe spécial a eu l'occasion d'appliquer certaines normes relatives contenues dans l'Accord sur les ADPIC en termes quantitatifs. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur* a interprété l'expression "certains cas spéciaux" dans le contexte de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC en termes, entre autres, de portée ou d'étendue restreinte, et l'expression "une exploitation normale de l'œuvre" en tenant compte, entre autres, de l'aspect empirique ou quantitatif.<sup>574</sup> Comme dans la présente affaire, les parties à ce différend étaient d'accord pour dire que la conformité avec la norme devait être évaluée entièrement ou essentiellement par rapport au marché de la partie défenderesse. Dans ce différend, le Groupe spécial a adopté l'approche suivante pour évaluer la conformité d'une mesure avec l'article 13:

"Nous notons que les Membres de l'OMC sont libres de choisir la méthode de mise en œuvre, mais les normes minimales de protection sont les mêmes pour tous. Dans la présente affaire, il nous suffit pour nos besoins de tenir compte des conditions spécifiques en vigueur sur le marché des États-Unis pour déterminer si la mesure en question porte atteinte à une exploitation normale sur ce marché, ou si elle satisfait aux autres conditions énoncées à l'article 13."<sup>575</sup> (note de bas de page supprimée)

7.606 Dans le présent différend, le Groupe spécial considère que cette approche est également appropriée. Le Groupe spécial doit examiner les conditions spécifiques qui existent sur le marché chinois pour évaluer si les mesures en question, qui exonèrent en l'espèce certains actes d'atteinte aux droits, sont conformes à la norme relative établie par l'article 61.<sup>576</sup> Cette approche paraît d'autant plus pertinente que la norme relative est énoncée par rapport à ce qui a lieu "à une échelle commerciale", qui varie non seulement en fonction du marché considéré, mais aussi en fonction des produits commercialisés sur ce marché.

---

<sup>573</sup> Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 78 et paragraphe 118; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 17; réponses des États-Unis aux questions n° 16 et 66; première communication écrite de la Chine, paragraphes 133 à 137; réponse de la Chine à la question n° 16.

<sup>574</sup> Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur*, paragraphes 6.113 et 6.178.

<sup>575</sup> *Ibid.*, paragraphe 6.189.

<sup>576</sup> Dans son rapport, le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* a également traité du sens de l'expression exploitation "normale" (en l'occurrence celle d'un brevet) mais en termes abstraits. Toutefois, il l'a fait dans le cadre de l'examen d'une exception qui était contestée sur la base de la nature des actes que les mesures permettaient d'exonérer, et non sur la base de l'ampleur ou de l'importance de ceux-ci. Dans ce cas les deux parties avaient également analysé le sens de "normale" en termes abstraits: voir les paragraphes 7.51 à 7.59.

7.607 La nature des mesures en cause et l'obligation conventionnelle applicable qui sont examinées dans cette section du présent rapport sont très différentes de celles qui sont examinées dans la section VII:A. Il n'était pas nécessaire que les États-Unis démontrent quelle était la catégorie particulière d'œuvres auxquelles la Loi sur le droit d'auteur refusait la protection conférée par cette loi, car il était clair que la mesure en cause refusait *toute* protection par le droit d'auteur à certaines œuvres alors que l'obligation pertinente énoncée dans l'Accord sur les ADPIC n'autorise pas à refuser toute protection conférée par le droit d'auteur à ces œuvres quelles qu'elles soient. En revanche, les mesures qui établissent les seuils d'infraction pénale fixent des niveaux d'infraction qui reviennent à soustraire aux procédures pénales et aux peines certains mais pas tous les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, ce que l'obligation pertinente autorise effectivement à faire dans certains cas.

7.608 Les États-Unis font valoir que les seuils d'infraction pénale qui sont fixés excluent certaines activités commerciales. Les États-Unis s'appuient, en particulier, sur le texte des mesures établissant les seuils d'infraction pénale elles-mêmes.<sup>577</sup>

7.609 Le Groupe spécial a examiné les mesures et convient que, telles qu'elles sont libellées, elles excluent certaines activités commerciales et les soustraient aux procédures pénales et aux peines. Par exemple, certains des seuils d'infraction pénale sont exprimés en des termes qui font expressément référence à l'activité commerciale tels que le "volume des activités commerciales illicites" correspondant "à la fabrication, au stockage, au transport ou à la vente" de marchandises contrefaites et les "gains illicites", qui sont définis en termes de profits. Toutefois, en se fondant uniquement sur les mesures telles qu'elles sont libellées, le Groupe spécial ne peut pas faire la distinction entre les actes qui, sur le marché chinois, sont menés à une *échelle* commerciale et ceux qui ne le sont pas.

7.610 Certains seuils sont exprimés en termes monétaires, allant d'un profit de 20 000 yuan à un chiffre d'affaires ou de vente de 50 000 yuan. Les mesures, telles qu'elles sont libellées, n'indiquent pas ce que ces montants représentent par rapport à un point de repère commercial pertinent en Chine.<sup>578</sup> Chacun de ces montants correspond à des volumes de marchandises très divers selon le prix des produits considérés. Un autre facteur qui doit être pris en compte est la période pendant laquelle les violations peuvent être cumulées pour atteindre les seuils en question. Un seuil est exprimé non pas en termes monétaires mais en nombre de 张 (份) ("copies" pour être plus simple) et est fixé à 500 张 (份). Bien que le Groupe spécial voie assez clairement à combien de marchandises cela correspond pour certains supports traditionnels, cela ne se rapporte pas non plus à première vue à un point de repère commercial pertinent sur le marché chinois.

7.611 Le Groupe spécial a pris note des assertions répétées des États-Unis selon lesquelles certains montants constituent une contrefaçon ou un piratage à une échelle commerciale. L'exemple le plus couramment cité concerne 499 "copies" portant atteinte à un droit d'auteur, bien que ce chiffre ne corresponde pas au même produit dans tous les exemples fournis ou même ne corresponde parfois à aucun produit en particulier.<sup>579</sup> Les seules données factuelles mentionnées dans ces exemples sont des montants qui sont équivalents ou légèrement inférieurs à ceux qui sont prévus dans les mesures elles-mêmes. Ces montants, en combinaison avec les seuils monétaires et les facteurs utilisés dans les seuils, permettent de faire apparaître la catégorie d'actes pour lesquels la Chine ne prévoit pas

---

<sup>577</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 10.

<sup>578</sup> Les parties conviennent que les seuils devraient être évalués sous la forme dans laquelle ils apparaissent dans les mesures chinoises, à savoir en *renminbi* (¥) qui est la monnaie locale utilisée sur le marché chinois: voir leurs réponses respectives à la question n° 5.

<sup>579</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 139; réponse des États-Unis à la question n° 25; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112; réponse des États-Unis à la question n° 64.

l'application de procédures pénales et de peines. Mais ces nombres et ces facteurs ne permettent pas, en eux-mêmes, d'établir ce qui constitue une échelle commerciale pour un produit ou un marché en Chine.

7.612 La Chine a affirmé, dans sa première communication écrite, la pertinence de l'échelle à laquelle s'opère le commerce en Chine et a renvoyé aux statistiques du Recensement économique (examinées plus loin).<sup>580</sup>

7.613 Le Groupe spécial a demandé aux deux parties après la première réunion de fond si "l'échelle commerciale" variait en fonction des caractéristiques des marchés, des produits et des opérateurs sur un marché donné, comment "l'échelle commerciale" pouvait être reliée à ces considérations et quels types de données pouvaient être pertinents.<sup>581</sup>

7.614 En réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis se sont référés à l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" qu'ils avaient proposée dans leur première communication écrite, et qui incluait, par définition, toutes les activités commerciales. Les États-Unis ont reconnu que "l'échelle commerciale" devait être considérée par rapport au marché, et que l'échelle à partir de laquelle une activité était "commerciale" variait nécessairement selon le produit et le marché considérés. Ils ont reconnu aussi que ce qui était "une échelle commerciale" pouvait varier d'une situation à l'autre en fonction de plusieurs facteurs. Ils ont affirmé que les seuils d'infraction pénale fixés par la Chine ne permettaient pas de mettre en évidence toutes les activités ayant lieu à l'échelle commerciale dans certaines conditions de marché.<sup>582</sup> Toutefois, les États-Unis n'ont pas fourni de données concernant des produits, des marchés ou d'autres facteurs qui auraient permis de démontrer ce qui constituait "une échelle commerciale" dans la situation spécifique du marché chinois.

7.615 Dans leur réfutation de l'affirmation de la Chine concernant l'échelle à laquelle s'opérait le commerce en Chine, les États-Unis ont noté que le critère de "l'échelle commerciale" n'était qu'une norme relative.<sup>583</sup> Ils ont commenté les statistiques du Recensement économique soumises par la Chine mais en ont contesté la pertinence étant donné qu'il s'agit de statistiques agrégées se rapportant à une moyenne d'unités économiques non définies. Ils ont aussi rappelé leur affirmation précédente selon laquelle le marché chinois, y compris le marché pour de nombreuses marchandises de marque ou protégées par un droit d'auteur, était un marché éclaté, caractérisé par une multitude de petits fabricants, intermédiaires et distributeurs et de petits points de vente au détail.<sup>584</sup>

7.616 Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés à l'appui de cette affirmation.<sup>585</sup> Ces éléments comprennent une citation d'un court article d'un journal des États-Unis, le *San Francisco Chronicle*, intitulé "*30,000-Store Wholesale Mall Keeps China Competitive*" concernant le nombre de boutiques que l'on trouve dans un certain centre commercial à Yiwu et les dimensions matérielles de certaines de ces boutiques<sup>586</sup>; une statistique tirée d'un extrait du rapport d'un conseiller en gestion intitulé "*The 2005 Global Retail Development Index*" selon laquelle les dix plus gros détaillants de Chine détiennent moins de 2 pour cent du marché, et une autre statistique d'où il ressort que les 100 plus gros détaillants de Chine ont une part de marché inférieure à 6,4 pour cent<sup>587</sup>; et une citation d'un article du *Time Magazine* intitulé "*In China, There's Priceless, and for*

---

<sup>580</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 133 à 137.

<sup>581</sup> Question n° 16.

<sup>582</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 16.

<sup>583</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 104.

<sup>584</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 106 et 107.

<sup>585</sup> Ces éléments de preuve ont été soumis dans la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 122.

<sup>586</sup> Pièce US-28.

<sup>587</sup> A.T. Kearney: "Destination: China" dans *The 2005 Global Retail Development Index*, pièce US-29.

*Everything Else, There's Cash*" selon lequel une arcade commerciale à Luohu compte six étages de petites boutiques.<sup>588</sup>

7.617 Le Groupe spécial constate que, même si ces sources étaient appropriées pour démontrer les faits qui sont contestés dans la présente procédure, les informations fournies sont trop maigres et trop aléatoires pour permettre d'établir le niveau qui constituerait une échelle commerciale pour un produit en Chine.

7.618 Les États-Unis ont fait référence à la communication présentée par le Canada en tant que tierce partie, qui fournissait une estimation du produit intérieur brut par habitant de la Chine.<sup>589</sup> On n'y expliquait pas exactement en quoi ce chiffre était comparable aux seuils numériques appliqués par la Chine.

7.619 Le Groupe spécial considère que le PIB par habitant est un indicateur fiable du revenu national moyen, mais n'est pas un indicateur suffisant de ce qui constitue une échelle commerciale, car il est calculé par rapport à la population totale.<sup>590</sup> Le Groupe spécial note aussi que le PIB est un chiffre beaucoup plus agrégé que ceux qui figurent dans les statistiques du Recensement économique que les États-Unis ont rejetés.

7.620 La Chine fait valoir que les États-Unis doivent fournir la preuve que les lois chinoises aboutissent effectivement à exclure une catégorie d'infractions qui répondent au critère de "l'échelle commerciale". Les exemples hypothétiques qui sont donnés ne peuvent pas être considérés comme des éléments de preuve suffisants.<sup>591</sup>

7.621 En réponse, les États-Unis affirment que, de même que plusieurs tierces parties, ils ont fourni de "nombreux exemples concrets" de piratage et de contrefaçon à une échelle commerciale ayant lieu en deçà des seuils appliqués par la Chine.<sup>592</sup> Ils font référence à un "Report on Copyright Complaints, Raids and Resulting Criminal Actions in China" (rapport sur les plaintes concernant les perquisitions et les poursuites pénales relatives au droit d'auteur en Chine), établi par un groupement d'associations commerciales en 2008 (rapport de la CCA).<sup>593</sup>

7.622 Le Groupe spécial a examiné ce rapport pour déterminer s'il étayait l'affirmation des États-Unis. Le rapport de la CCA a été initialement soumis en tant qu'exemple visant à démontrer que les seuils d'infraction pénale créent un "bouclier pénal" (assertion qui n'est pas confirmée par les données<sup>594</sup>) et que des quantités importantes de produits portant atteinte aux droits sont vendus au détail en Chine à des niveaux se situant en deçà des seuils applicables.<sup>595</sup>

---

<sup>588</sup> Pièce US-30. Un article du London *Daily Telegraph* est également fourni dans la pièce US-31.

<sup>589</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 108, faisant référence à la pièce CDA-1.

<sup>590</sup> Comme il est noté dans la communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 142.

<sup>591</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 149.

<sup>592</sup> Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 28, précisant les paragraphes 9 à 10 de leur communication présentée à titre de réfutation.

<sup>593</sup> Ce rapport, qui figure dans la pièce US-41, a été établi par la "China Copyright Alliance" (Alliance chinoise pour le droit d'auteur), un groupement de six associations commerciales représentant plusieurs secteurs créatifs de l'industrie.

<sup>594</sup> Le rapport de la CCA a été soumis comme exemple de la manière dont les seuils créent, selon les allégations, un "bouclier pénal" pour la contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique et le piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale, et fournissent "des indications claires" sur la façon d'éviter le risque de poursuite pénale. Selon les allégations, ce rapport montre que, lorsque les seuils numériques sont abaissés, les opérations commerciales sont ajustées et restructurées de manière à rester à

7.623 Le Groupe spécial note que la question de savoir si des ventes au détail de marchandises contrefaites ont lieu au-dessous des seuils ne permet pas se prononcer sur l'allégation, car la première phrase de l'article 61 n'impose pas aux Membres de prévoir des procédures pénales et des peines applicables dans tous les cas de ce type. En outre, le rapport de la CCA indique quel a été, lors de chaque perquisition, "le nombre total d'unités (DVD, CD, VCD) saisies". Dans certains cas, ce nombre total ne dépassait pas cinq. En conséquence, indépendamment de la question de savoir si le nombre total de saisies effectuées sur des quantités inférieures aux seuils fixés par la Chine est ou n'est pas "significatif", les données concernant les saisies ne permettent pas de faire des déductions quant à l'échelle des opérations menées par chacun des points de vente au détail perquisitionnés. Le nombre total d'unités saisies dans de nombreux cas peut ne représenter qu'une partie d'une opération commerciale ou même n'être qu'accessoire à celle-ci. Les données concernant les saisies donnent une idée de l'ampleur du stock de marchandises contrefaites disponible (c'est du reste leur but), mais elles ne fournissent pas d'indications sur l'échelle d'un commerce de détail déterminé ni sur ce qui constitue une échelle commerciale pour les produits en question sur le marché en question.<sup>596</sup>

7.624 La Chine a fourni des statistiques officielles tirées de son Recensement économique.<sup>597</sup> Ces statistiques contiennent des chiffres sur les recettes annuelles moyennes des entreprises travaillant dans différents secteurs d'activité en Chine. Les recettes annuelles paraissent être un paramètre pouvant se comparer avec le "volume d'activités commerciales illicites" défini dans l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] et évoqué plus haut au paragraphe 7.401. Les statistiques montrent que le seuil de 50 000 yuan pour les activités commerciales illicites portant sur la contrefaçon d'une marque de commerce enregistrée en violation de l'article 213 de la Loi pénale représente l'équivalent de 0,41 pour cent des recettes annuelles moyennes des entreprises du secteur de l'industrie légère; 0,8 pour cent des recettes annuelles moyennes des petites entreprises; et 0,84 pour cent des recettes moyennes des commerces de détail chinois.<sup>598</sup>

---

des niveaux se situant en deçà des seuils. Le rapport de la CCA couvre la période allant de janvier 2006 à novembre 2007 – période durant laquelle un seuil applicable au titre de l'article 217 de la Loi pénale a été abaissé de 1 000 à 500 copies (voir plus haut les paragraphes 7.411 et 7.412). Le rapport souligne que le pourcentage de saisies a continué à être le même après l'abaissement du seuil. Toutefois, lorsque de nouvelles données ont été fournies concernant le pourcentage de saisies qui étaient effectuées sur des quantités inférieures à 500 copies avant que le seuil ne soit abaissé (ce chiffre n'étant alors *pas pertinent*), le Groupe spécial a pu observer qu'il y avait tout de même une concordance (un peu moins nette mais encore manifeste) entre ce pourcentage et le pourcentage de saisies opérées à ce niveau lorsque celui-ci *était* devenu le seuil. En conséquence, le Groupe spécial ne constate pas que les données contenues dans le rapport de la CCA étayaient la conclusion selon laquelle les opérations commerciales des contrevenants sont liées aux niveaux des seuils. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 151 à 161. Les autres données ont été fournies par les États-Unis en réponse à la question n° 1 posée par la Chine.

<sup>595</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 157; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 93 à 97.

<sup>596</sup> Les États-Unis, en réponse à une autre question, allèguent que si une personne qui exerce des activités commerciales légitimes se livre parallèlement à des activités portant atteinte aux droits, l'existence d'une plate-forme commerciale légale pour couvrir les activités illicites constituerait une considération pertinente pour déterminer si les activités en question sont "à une échelle commerciale": voir la réponse des États-Unis à la question n° 62. Toutefois, le Groupe spécial note que l'expression "à une échelle commerciale" qualifie les termes "actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piraterie portant atteinte à un droit d'auteur" et qu'une plate-forme commerciale légale n'est pas ce qui est visé par ces termes.

<sup>597</sup> *China Economic Census Yearbook 2004* (Recensement économique la Chine, annuaire 2004), édité par le Bureau exécutif du Groupe directeur du Conseil des affaires d'État pour le Premier recensement économique national, publié en chinois et en anglais par China Statistics Press. Des extraits du volume sur le secteur secondaire (première section) et du volume de synthèse, comprenant une interprétation des principaux indicateurs et règles de classification, sont reproduits dans la pièce CHN-79.

<sup>598</sup> Voir la réponse de la Chine à la question n° 17.

7.625 Les statistiques du Recensement économique font également référence à la notion d'"entreprise individuelle ou familiale", qui est définie comme la plus petite unité commerciale dans les statistiques économiques chinoises. Les statistiques montrent que le seuil de 50 000 yuan pour les activités commerciales illicites portant sur la contrefaçon d'une marque de commerce ou de fabrique enregistrée représente l'équivalent de 22,56 pour cent des recettes annuelles moyennes des entreprises individuelles ou familiales et 29,44 pour cent des recettes annuelles moyennes des entreprises individuelles ou familiales opérant dans la vente au détail.<sup>599</sup>

7.626 Le Groupe spécial note que ces calculs sont des pourcentages établis à partir d'une moyenne et qu'ils peuvent être intéressants pour déterminer ce qui représente généralement parlant un niveau d'activité commerciale ordinaire ou habituel. Toutefois, ces statistiques sont fortement agrégées et ne portent pas sur des produits particuliers, alors que ce qui constitue une "échelle commerciale" varie nécessairement d'un produit à l'autre. En outre, les statistiques concernant les entreprises individuelles ou familiales spécialisées dans la vente au détail ne permettent pas de répondre à la question fondamentale de savoir si la vente au détail pratiquée par des entreprises individuelles ou familiales est une chose ordinaire ou habituelle en Chine. En conséquence, le Groupe spécial ne considère pas que ces statistiques sont suffisantes pour lui permettre de se forger une opinion sur le point de savoir si les seuils relatifs au volume des activités commerciales illicites permettent de couvrir toutes les contrefaçons de marque de fabrique ou de commerce ou les piratages portant atteinte à un droit d'auteur commis à une échelle commerciale en Chine.

7.627 Les États-Unis ont aussi soumis d'autres articles de presse pour illustrer les points développés dans leur première communication écrite, notamment sur la manière dont étaient calculés certains seuils. La Chine a fait immédiatement objection en faisant valoir que "[l]e Groupe spécial ne peut pas ou ne peut guère accorder de poids à des rapports si anecdotiques et potentiellement mal informés".<sup>600</sup> Les États-Unis se sont étonnés que la Chine s'émeuve ainsi du fait qu'ils aient recours à des articles de presse et à d'autres médias. Ils ont rappelé qu'ils avaient préalablement essayé d'obtenir des renseignements de la Chine en application de l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine avait refusé de fournir les renseignements demandés et s'était contentée de répondre que ses autorités nationales compétentes en matière de DPI avaient elles aussi publié des informations pertinentes sur leurs sites Web officiels, dans des journaux et des magazines et par d'autres voies appropriées. Les États-Unis ont ajouté que les renseignements qui étaient publiés dans les journaux et les magazines étaient "tirés de diverses sources bien établies et jouissant d'une bonne réputation".<sup>601</sup>

7.628 Le Groupe spécial a examiné ces articles de presse et note qu'aucun d'entre eux n'a été corroboré, alors qu'ils portent sur des événements ou des déclarations qui nécessiteraient de l'être. Même si les publications en question jouissent d'une bonne réputation, la plupart de ces articles sont brefs et les citations qui en sont tirées sont soit des déclarations générales, soit des éléments d'information aléatoires. La plupart sont écrits sur le mode anecdotique, certains d'entre eux se contentant même de répéter des remarques anodines sur les prix des marchandises contrefaites ou encore des déclarations anonymes ou des conjectures. Ils portent des titres du genre "*Fake Pens Write Their Own Ticket*", "*Chasing copycats in a tiger economy*", "*Hollywood takes on fake Chinese DVDs*", "*Film not out yet on DVD? You can find it in China*" et "*Inside China's teeming world of fake goods*".<sup>602</sup> La plupart de ces articles de presse ont été publiés aux États-Unis ou par d'autres médias étrangers de langue anglaise qui ne prétendent pas être des sources d'information faisant autorité sur les prix et les marchés en Chine. Il y a quatre articles de presse provenant de sources chinoises, un de l'Agence de presse Xinhua et trois du quotidien *China Daily* en langue anglaise. Deux sont cités

---

<sup>599</sup> *Ibid.*

<sup>600</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphe 45.

<sup>601</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 98 et note de bas de page 102.

<sup>602</sup> Pièces US-24, US-30, US-31, US-33, US-34, US-37.

simplement pour démontrer l'existence de certaines marchandises en Chine<sup>603</sup>; un autre cite une vague déclaration de "spécialistes du marché", dont l'identité n'est pas précisée, sur la manière dont travaillent les éditeurs clandestins<sup>604</sup> et l'autre cite une "personne bien informée" qui donne des prix maximaux et minimaux pour une gamme de produits piratés et authentiques".<sup>605</sup> Enfin, ce qui est présenté comme un autre "rapport récent paru dans la presse" n'est attribué à aucune source.<sup>606</sup>

7.629 Le Groupe spécial souligne que, en l'absence de données plus fiables et plus pertinentes, il a examiné les éléments de preuve tirés de ces articles de presse pour se faire une idée sur un point central de cette allégation qui est hautement contesté. La crédibilité et le poids de ces éléments de preuve sont donc d'une importance cruciale pour la tâche du Groupe spécial. Pour les raisons indiquées plus haut, le Groupe spécial n'accorde aucun poids aux éléments de preuve tirés des articles de presse en question et constate que, même s'il le faisait, les renseignements contenus dans ces articles ne suffiraient pas pour déterminer ce qui est ordinaire ou habituel en Chine aux fins de l'évaluation de l'obligation conventionnelle pertinente.<sup>607</sup>

7.630 Or, rien n'indique qu'il serait difficile d'obtenir des éléments probants sur ce point. De fait, on peut noter qu'il existe des renseignements beaucoup plus précis sur les prix et les marchés en Chine dans diverses pièces présentées par les États-Unis et, notamment, des renseignements sur les prix de certains produits dans un rapport sur le cinéma et les produits de divertissement à domicile en Chine établi par Screen Digest and Nielsen NRG<sup>608</sup> (soumis à l'appui de l'allégation concernant la Loi sur le droit d'auteur) et dans les annexes à une lettre adressée par Nintendo Amérique au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.<sup>609</sup> Les États-Unis n'ont pas fait référence à ces éléments de preuve dans leurs communications. En outre, à la suite d'une question du Groupe spécial, les États-Unis n'ont eu semble-t-il aucune difficulté à fournir une traduction d'une décision de justice chinoise qui était mentionnée dans l'un de ces articles de presse.<sup>610</sup>

7.631 Les renseignements contenus dans les pièces jointes n'auraient pas nécessairement été suffisants et, même s'ils l'avaient été, n'auraient pas pu être utilisés par le Groupe spécial pour en tirer des preuves auxquelles les États-Unis ne s'étaient pas eux-mêmes référés pour soutenir leur cause. Comme l'indique l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *États-Unis – Jeux*:

---

<sup>603</sup> Un article de l'Agence de presse Xinhua porte sur des marchandises relativement bon marché, mais générant un gros chiffre d'affaires (pièce US-26) et un article du *China Daily* cité dans la pièce US-39 fait référence à l'existence de DVD haute définition.

<sup>604</sup> Pièce US-38.

<sup>605</sup> Pièce US-32.

<sup>606</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 136, dans lequel est indiqué le prix d'un DVD *Spider Man 3*.

<sup>607</sup> L'approche du Groupe spécial en la matière est conforme à celle qu'ont adoptée d'autres tribunaux internationaux, en particulier la Cour internationale de justice: voir Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005* M. Nijhoff (2006) Volume III, paragraphe 257, et Highet, K., "Evidence and Proof of Facts", dans Damrosch L. ..., *The International Court of Justice at a Crossroads* (Transnational 1987), cité dans le rapport du Groupe spécial *Australie – Cuir pour automobiles II*, paragraphe 9.65 et note de bas de page 210. L'approche du Groupe spécial dans le présent différend est aussi conforme à la décision rendue par l'arbitre dans l'affaire *Communautés européennes – L'Accord de partenariat ACP-CE II*, paragraphes 57 et 58. Même si le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés* faisait référence à un article de journal dans une note de bas de page, ce n'était qu'après avoir mentionné deux rapports de fond sur la question, laquelle n'était du reste pas essentielle pour la formulation des constatations dans ce différend: voir le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 207, note de bas de page 393, dans laquelle est cité le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.201, et note de bas de page 1358 y relative.

<sup>608</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 200, dans lequel est citée la pièce US-49.

<sup>609</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 146 et 153, dans lesquels est citée la pièce US-36.

<sup>610</sup> Pièce US-61 mentionnée dans la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 120 et article de presse reproduit dans la pièce US-25.

"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. Une partie plaignante ne peut pas tout simplement présenter des éléments de preuve et escompter que le groupe spécial devine, au regard de ces éléments, une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Une partie plaignante ne peut pas non plus tout simplement alléguer des faits sans les rapporter à des arguments juridiques."<sup>611</sup>

7.632 Pour les raisons exposées plus haut, le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* le bien-fondé du premier élément de leur allégation au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial examinera maintenant le second élément de cette allégation.

x) *Autres indices – Éléments matériels*

7.633 En ce qui concerne le deuxième élément de leur allégation, les États-Unis soutiennent que les seuils en valeur et en volume appliqués par la Chine sont liés à des produits finis et ne tiennent pas compte, par conséquent, d'autres indices révélateurs d'activités menées à une échelle commerciale, tels que la présence de produits non finis et d'emballages contrefaits.<sup>612</sup> Le Groupe spécial évaluera si ces autres indices *peuvent* être pris en compte dans les seuils appliqués par la Chine et, dans la mesure où ils ne le peuvent pas, si l'expression "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" *impose* à la Chine de prendre en compte ces autres indices.<sup>613</sup>

7.634 Cet argument repose sur l'affirmation selon laquelle les seuils d'infraction pénale appliqués par la Chine "sont centrés uniquement sur le volume du commerce, le nombre de copies et les profits réalisés, lesquels ne peuvent être calculés qu'en comptant les produits finis".<sup>614</sup> On ne voit pas bien pourquoi les États-Unis considèrent que des seuils exprimés en ces termes sont exclusivement liés à des produits finis. Cela tient peut-être à la définition du "volume d'activités commerciales illicites" donnée à l'article 12(1) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004]<sup>615</sup> et à l'utilisation du terme 张 (份) dans l'un des seuils<sup>616</sup>, mais ils ne le précisent pas. On ne voit pas non plus très bien quel est le rapport avec les "gains illicites".<sup>617</sup> En résumé, les États-Unis ne font pas suffisamment le lien entre leur assertion et les mesures en cause.

7.635 En outre, les États-Unis ont contesté les seuils d'infraction pénale de la Chine tels qu'ils sont définis par la Loi pénale et, "en particulier", certains articles établissant les délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle proprement dits et les interprétations judiciaires y relatives.<sup>618</sup> Mais les États-Unis ne se sont pas référés ainsi qu'ils l'auraient dû à d'autres dispositions de la Loi pénale, telles que les dispositions générales, qui pourraient avoir une incidence sur les questions de preuve. Étant donné que les États-Unis ont considéré que la Loi pénale dans son ensemble était une mesure pertinente, c'est à eux qu'il incombe d'expliquer comment les seuils établis par cette loi fonctionnent. Un plaignant ne peut pas se soustraire à la charge de la preuve s'agissant d'autres dispositions apparemment pertinentes de la loi en cause, en particulier lorsqu'il a fait référence à l'intégralité de

<sup>611</sup> Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140. (notes de bas de page omises)

<sup>612</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 113 et 143 à 147.

<sup>613</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.496.

<sup>614</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 143. Dans la même communication, il est aussi fait référence au fait que la Chine se fonde sur des "seuils en valeur et volume" liés aux produits finis: voir le paragraphe 113.

<sup>615</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.401.

<sup>616</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.411.

<sup>617</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 143, cf. paragraphe 144.

<sup>618</sup> Voir la demande d'établissement d'un groupe spécial, jointe en tant qu'annexe D1 au présent rapport.

cette loi dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, simplement en omettant de traiter ces dispositions et en laissant au défendeur le soin d'en affirmer la pertinence.

7.636 Au lieu de cela, les États-Unis ont fourni une copie des articles 1<sup>er</sup> à 12 de la Loi pénale sans commentaire, et n'ont répondu que brièvement aux arguments du défendeur concernant les délits de préparation d'un délit et de tentative de délit qui sont visés aux articles 22 et 23 de la Loi pénale. Lorsqu'on leur a demandé si les articles 22 et 23 de la Loi pénale permettaient aux tribunaux de tenir compte d'autres éléments de preuve matériels tels que la présence de produits non finis et d'emballages (ce qui, selon les États-Unis, n'est pas le cas), les États-Unis ont déclaré ce qui suit:

"Les États-Unis ne savent pas dans quelle mesure les tribunaux peuvent, s'agissant des délits de préparation ou de tentative, condamner un contrevenant sur la base d'éléments matériels autres que les produits portant atteinte aux droits eux-mêmes, tels que des produits non finis ou des emballages, qui entreraient dans le calcul des seuils à atteindre."<sup>619</sup>

7.637 Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut aux paragraphes 7.434 à 7.437 concernant les délits de préparation d'un délit ou de tentative de délit visés aux articles 22 et 23 de la Loi pénale. Les États-Unis ne contestent pas que ces dispositions générales s'appliquent aux délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle proprement dits, et reconnaissent que certains tribunaux (dont les décisions ont été communiquées par la Chine) les ont appliquées en ce sens.<sup>620</sup> On peut donc considérer que les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué le fonctionnement des mesures en cause pour étayer leurs affirmations.

7.638 Même si les délits de préparation d'un délit et de tentative de délit exposent leurs auteurs à des poursuites et à des sanctions pénales, cela ne permet pas de répondre à la question de savoir s'ils peuvent être pris en compte pour ce qui est des délits visés aux articles 213, 214, 215, 217 et 218 de la Loi pénale. En vertu de la première phrase de l'article 61, la Chine a l'obligation de prévoir des procédures pénales et des peines applicables. Mais les moyens par lesquels la Chine entend assurer l'application de ces procédures et de ces peines, que ce soit en criminalisant uniquement les délits proprement dits ou en retenant des responsabilités annexes dans certains cas, sont indifférents.

7.639 Les États-Unis ont cité pour expliquer leurs préoccupations au sujet des données concernant les éléments de preuve matériels recueillies par Nintendo Amérique dans le cadre d'une campagne de lutte contre la contrefaçon en Chine. Ces données montrent que dans les saisies de produits portant atteinte aux droits se trouvaient parfois des éléments de produits, des emballages, et des matériaux et instruments.<sup>621</sup>

7.640 Le Groupe spécial note que les données de Nintendo n'indiquent *pas* si la Chine prévoit l'application de procédures pénales et de peines dans les cas où les autorités ne découvrent que des éléments de produits, des emballages et des matériaux et instruments, et que les États-Unis ne font pas suffisamment le lien entre les données relatives aux saisies et cette question.

7.641 Le Groupe spécial note que Nintendo a fait ressortir ses préoccupations concernant la question des éléments de produits, des emballages et des matériaux et instruments en évoquant trois affaires pénales. La Chine a communiqué le jugement rendu par le tribunal dans l'une de ces affaires.<sup>622</sup> Ce jugement montre que le tribunal a tenu compte à la fois des produits de contrefaçon

---

<sup>619</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 8.

<sup>620</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 91.

<sup>621</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 146, dans lequel sont citées des données de Nintendo contenues dans la pièce US-36.

<sup>622</sup> Pièce CHN-16.

finis et semi-finis dans son évaluation du délit proprement dit au titre de l'article 213 de la Loi pénale. Cette affaire a été jugée avant l'entrée en vigueur de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] mais il n'apparaît pas clairement si l'interprétation qui a été donnée des seuils dans cette interprétation judiciaire est la raison pour laquelle les autorités n'ont pas (selon ce qui est allégué) tenu compte des produits non finis dans les deux affaires ultérieures.

7.642 Les États-Unis font valoir que le tribunal aurait dû tenir compte de produits non finis qui ne portaient en fait pas atteinte aux droits, ainsi que des matériaux et des instruments.<sup>623</sup> Toutefois, étant donné que le tribunal n'a pas tenu compte de tous les produits qui portaient atteinte aux marques et pas seulement des produits finis, on ne voit pas très bien pourquoi ou si les États-Unis considèrent que la possession d'articles ne portant pas atteinte aux droits aurait dû être suffisante pour conclure à l'existence d'un délit contre les droits de propriété intellectuelle.

7.643 La Chine fait état d'un autre jugement qui, à son avis, montre qu'un tribunal a pris en compte des éléments non finis dans son évaluation d'un délit proprement dit au titre de l'article 213. Le tribunal a également pris en considération des instruments et des balances comme éléments de preuve montrant que des éléments étaient utilisés pour fabriquer des produits contrefaits.<sup>624</sup>

7.644 Les États-Unis rejettent ce jugement, faisant valoir que le raisonnement est confus et l'affaire "atypique".<sup>625</sup> Toutefois, ils ne nient pas que le tribunal ait effectivement pris en compte les éléments non finis et, étant donné qu'ils n'ont fourni aucune information sur des décisions de justice relatives à cette question, ils ne peuvent pas étayer leur affirmation selon laquelle cette affaire serait à certains égards exceptionnelle. Les États-Unis soulignent toutefois qu'une autre décision de justice communiquée par la Chine montre qu'un tribunal n'a pas tenu compte des produits semi-finis, des emballages et des outils<sup>626</sup>, ce dont le Groupe spécial a pris note.

7.645 La Chine fait observer que les infractions inchoatives de préparation ou de tentative font partie intégrante de tous les délits proprement dits, visés par la seconde partie de la Loi pénale, y compris les délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Elle fait valoir que ces infractions inchoatives permettent aux tribunaux de prendre en compte des marchandises non vendues, s'agissant des délits concernant la vente, et des produits non finis, s'agissant des délits concernant la production.<sup>627</sup>

7.646 Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut aux paragraphes 7.436 et 7.437 concernant l'interprétation des mesures en cause. Elles sont confirmées par les décisions de justice soumises comme éléments de preuve, qui montrent que les tribunaux ont appliqué l'une ou l'autre des dispositions générales des articles 22 et 23 de la Loi pénale ou les deux à différents délits d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.<sup>628</sup> De fait, un des tribunaux a expliqué la raison pour

---

<sup>623</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 92.

<sup>624</sup> Pièce CHN-15, à laquelle la Chine a fait référence dans sa communication présentée à titre de réfutation, paragraphe 32.

<sup>625</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 92.

<sup>626</sup> Pièce CHN-9 à laquelle les États-Unis ont fait référence au paragraphe 93 de leur communication présentée à titre de réfutation. L'affaire concerne la commande, la fabrication et la vente de plusieurs milliers d'unités de boissons alcooliques contrefaites sur une période de six mois. Au moment de l'arrestation, 1 480 unités de boissons alcooliques contrefaites et plus de 4 000 bouteilles de breuvage semi-fini ont été saisies, en même temps qu'une grande quantité de matériaux d'emballage et d'outils pour la fabrication de produits contrefaits. La décision de justice ne mentionne pas que les produits semi-finis, les matériaux d'emballage ou les outils sont entrés dans le calcul du volume des activités commerciales illicites pris en compte aux fins de la condamnation au titre de l'article 213 de la Loi pénale.

<sup>627</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 39 à 41, faisant référence aux pièces CHN-12, CHN-14 et CHN-175.

<sup>628</sup> Pièces CHN-12, CHN-14 et CNH-175.

laquelle il avait appliqué l'article 23 et a condamné en conséquence le contrevenant à une peine plus légère en considérant que celui-ci n'avait pas achevé la production au moment où il a été appréhendé.<sup>629</sup>

7.647 Les États-Unis font observer que les articles 22 et 23 de la Loi pénale ne s'appliquent pas à des éléments qui dénotent l'existence de délits consommés, tels que des "moules usagés" servant à presser des produits pirates ou encore des marques contrefaites ou d'autres matériaux ou instruments utilisés pour de telles opérations.<sup>630</sup>

7.648 La Chine répond que les autorités chinoises tiennent compte des matériaux et des instruments et d'autres indices fiables pour déterminer l'existence d'une infraction pénale et qu'elles considéreraient comme un élément de preuve pertinent un "moule usagé" dont on pourrait penser avec une certitude raisonnable qu'il a servi à produire un nombre suffisant d'articles pour que le seuil d'infraction pénale soit atteint. La Chine fait référence à une décision de justice dans laquelle le tribunal a pris en considération la présence de matériaux et d'instruments.<sup>631</sup>

7.649 Le Groupe spécial note que, dans l'affaire à laquelle la Chine fait référence, le tribunal a tenu compte des emballages et des outils comme preuves de l'usage auquel étaient destinés les éléments de produits saisis sur le site, de sorte que la valeur de ces éléments a été prise en compte dans l'évaluation du volume d'activités commerciales illicites. Mais les outils, bien que pertinents, n'ont pas été comptabilisés aux fins des seuils.

7.650 De toute manière, le Groupe spécial considère que l'allégation des États-Unis concernant les éléments de preuve matériels se rapporte davantage aux éléments de preuve suffisants pour engager des poursuites pénales qu'à la définition du délit lui-même. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne traite pas des éléments de preuve. La première phrase de l'article 61 traite des activités portant atteinte aux droits auxquelles la norme minimale doit s'appliquer. Les éléments de preuve, y compris dans les procédures pénales, sont mentionnés à l'article 41:3, mais cette disposition est sans rapport avec le présent différend.

7.651 La section 5 de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, concernant les procédures pénales, contraste avec la section 2, concernant les procédures et mesures correctives civiles et administratives, qui mentionne les éléments de preuve à l'article 42 et qui contient, à l'article 43, une disposition traitant spécialement de certaines questions spécifiques relatives aux éléments de preuve. Mais même l'article 43 ne traite pas de la question complexe de savoir à quel moment les éléments de preuve sont suffisants. En fait, la section 2 laisse cette question à l'appréciation des autorités judiciaires qui en décident dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir d'ordonner les mesures correctives prévues aux articles 44 à 46. Compte tenu de la brièveté de la section 5, qui consacre deux phrases aux actes portant atteinte aux droits et deux phrases aux mesures correctives (ou aux peines), il serait surprenant que les rédacteurs aient eu l'intention de créer une obligation plus large que celle qui ressort du texte concernant les questions de preuve et de procédure. Les termes utilisés dans l'article 61 ne le laissent pas supposer. Le fait que l'obligation "prévoient [des procédures pénales et des peines] applicables" soit formulée différemment dans la première phrase n'a pas d'incidence sur cette question.

7.652 Pour toutes les raisons qui précèdent, le Groupe spécial ne considère pas que les États-Unis ont démontré *prima facie* le bien-fondé de leur allégation concernant les autres indices d'atteinte aux droits, tels que l'existence d'éléments de preuve matériels, comme des éléments de produits, des emballages et des matériaux ou instruments.

---

<sup>629</sup> Pièce CHN-175.

<sup>630</sup> Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 85.

<sup>631</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 32, dans lequel il est fait référence à la pièce CHN-15.

xi) *Autres indices – Incidence sur le marché commercial*

7.653 Dans le cadre du deuxième élément de leur allégation, les États-Unis allèguent aussi que les seuils appliqués par la Chine concernent des produits finis et ne tiennent donc pas compte d'autres indices révélateurs d'opérations menées à une échelle commerciale, tels que l'incidence que le piratage ou la contrefaçon a sur le marché commercial et, par extension, sur les détenteurs de droits.<sup>632</sup> Le Groupe spécial évaluera d'abord la question de savoir si l'incidence sur le marché commercial peut être prise en compte dans les seuils appliqués par la Chine, puis la question de savoir si l'expression "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" impose à la Chine de tenir compte de l'incidence sur le marché commercial.<sup>633</sup>

7.654 À l'appui de cet argument, les États-Unis expriment des préoccupations concernant Internet et les progrès des technologies numériques qui permettent un piratage et une contrefaçon à l'échelle commerciale causant un préjudice majeur à un marché.<sup>634</sup> Les États-Unis citent l'exemple des HDVD (DVD haute définition) qui peuvent contenir jusqu'à dix épisodes d'une série télévisée ou plusieurs films.<sup>635</sup>

7.655 Le Groupe spécial note que les États-Unis n'ont pas essayé d'étayer leur affirmation concernant les HDVD. Cet exemple paraît être fondé sur l'idée que le terme 张 (份) ("copies" pour être plus simple) utilisé dans les seuils fait seulement référence aux disques en tant qu'objets physiques et ne saurait en aucune autre façon être appliqué à une situation nouvelle. Il n'y a dans le dossier aucun élément de preuve indiquant que les seuils aient jamais été appliqués à des HDVD, de sorte que cet exemple est une simple hypothèse fondée sur le fait que le mot 张 fait indirectement référence à des objets plats et que le mot 份 fait indirectement référence à des copies.<sup>636</sup> On pourrait de la même façon dire qu'une loi sur le droit d'auteur n'assure pas la protection des programmes informatiques du fait que cette loi parle "d'œuvres littéraires et artistiques" et que les programmes informatiques ne sont pas manifestement littéraires ou artistiques. Il faudrait avoir quelques éléments de preuve montrant que les autorités n'appliqueraient pas ou ne pourraient pas appliquer cette mesure comme il convient aux nouvelles technologies.<sup>637</sup> Le Groupe spécial prend note de l'affirmation de la Chine selon laquelle, lorsque la question se posera, les autorités chinoises pourront appliquer les seuils définis en fonction du nombre de films ou d'épisodes figurant sur chaque disque.<sup>638</sup>

7.656 Plus généralement, l'argument concernant les nouvelles technologies paraît reposer sur l'idée que, pour déterminer si la contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou le piratage portant atteinte à un droit d'auteur sont commis "à une échelle commerciale", on doit pouvoir tenir compte de l'incidence du piratage ou de la contrefaçon sur les détenteurs du droit. Toutefois, le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.577 concernant l'interprétation de l'expression "à une échelle commerciale". Lue dans son contexte, cette expression renvoie aux "actes délibérés de contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique ou de piratage portant atteinte à un

---

<sup>632</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 143 et 148 à 149; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112.

<sup>633</sup> Voir plus haut le paragraphe 7.496.

<sup>634</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 149; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112.

<sup>635</sup> Les États-Unis se réfèrent à un article du *China Daily* reproduit dans la pièce US-39.

<sup>636</sup> Voir plus haut la note de bas de page 387.

<sup>637</sup> Le Groupe spécial note qu'à cet égard les parties ne se sont pas référées à l'alinéa 17 du premier paragraphe de l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur qui confère d'autres droits au titulaire du droit d'auteur pour tenir compte de l'évolution des technologies. Les États-Unis y ont fait allusion au paragraphe 64 de leur première communication écrite à propos de la Loi sur le droit d'auteur.

<sup>638</sup> Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 25; réponse de la Chine à la question n° 6.

droit d'auteur" qui sont des atteintes aux droits. Le point de repère constitué par une activité commerciale ordinaire ou habituelle est pertinent pour l'évaluation de la question de savoir si un acte de contrefaçon ou de piratage est couvert par l'article 61. Mais l'incidence n'est ni un élément de l'acte d'atteinte aux droits ni le critère d'une activité commise "à une échelle commerciale". Par conséquent, elle ne paraît pas être une considération pertinente.

7.657 Le Groupe spécial souligne que les termes utilisés dans la première phrase de l'article 61, en particulier le mot "commercial", sont neutres d'un point de vue technologique. Une "échelle commerciale" peut s'appliquer à différentes formes de commerce et, par conséquent, à différents types d'atteinte aux droits. Les formes du commerce ne sont pas statiques mais s'adaptent au changement des formes de concurrence dû au progrès technologique et à l'évolution des pratiques de commercialisation.<sup>639</sup> Le Groupe spécial ne voit aucune raison de considérer que ces formes de commerce devraient être limitées à celles qui existaient au moment de la négociation de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, l'application de l'expression "à une échelle commerciale" peut s'adapter à des situations différentes et faire référence à une ampleur ou à une importance relative différentes ou à un degré ou une proportion différents, selon les faits.<sup>640</sup> Cependant, l'évolution ultérieure de la technique ne modifie en rien les considérations qui sont pertinentes pour l'interprétation des termes utilisés dans l'article 61.

7.658 Les États-Unis mentionnent aussi l'exemple des "produits de niche à haute valeur commerciale", tels que les logiciels spécialisés. Cet exemple fait référence à un article du *Seattle Times* intitulé "*Inside China's teeming world of fake goods*".<sup>641</sup> Le Groupe spécial veut bien reconnaître que le marché de certains produits est limité, mais il considère qu'un seul article de journal anecdotique n'est pas un élément de preuve suffisant pour démontrer ce qui constitue une échelle commerciale pour un tel produit. Dans la mesure où cet article a trait à l'incidence sur le détenteur du droit, nous l'avons examiné dans le cadre du deuxième élément de l'allégation.

7.659 Le Groupe spécial observe qu'il existe un lien entre cet argument et la question de la violation à grande échelle mais sans but commercial. Les États-Unis ont initialement fait valoir que l'expression "échelle commerciale" couvrirait ce qui suit:

"Ainsi, la notion "d'échelle commerciale" s'applique ... à ceux dont les actions, indépendamment de leur motif ou de leur objectif, sont d'une importance ou d'une ampleur suffisante pour être considérées comme étant menées "à une échelle commerciale" sur le marché en question."<sup>642</sup>

7.660 Les États-Unis ont indiqué que cela n'était pas le point central de leur communication, et ont confirmé que, dans le présent différend, ils ne contestaient pas les seuils applicables parce qu'ils exigeaient l'existence d'un "but lucratif".<sup>643</sup> En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé que leur propre Loi sur le droit d'auteur n'avait été modifiée qu'en 1997 pour

---

<sup>639</sup> Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (paragraphe 7.55) et *États-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur* (paragraphe 6.187) concernant l'expression "exploitation normale" utilisée respectivement dans les articles 30 et 13 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>640</sup> La préoccupation des États-Unis concernant le volume de la distribution au moyen des technologies numériques et d'Internet est donc pertinente pour l'évaluation de l'expression "à une échelle commerciale": voir la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112.

<sup>641</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 148, dans lequel il est fait référence à la pièce US-37.

<sup>642</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.

<sup>643</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 110 et 133, note de bas de page 96; réponse des États-Unis à la question n° 59. Voir plus haut les paragraphes 7.449 et 7.450 montrant que les articles 213, 214, 217 et 218 de la Loi pénale chinoise prennent en compte le but lucratif.

faire face au problème des violations massives comme celles commises via Internet, même si l'activité délictueuse n'avait pas nécessairement un but lucratif.<sup>644</sup>

7.661 Pour toutes les raisons qui précèdent, le Groupe spécial ne considère pas que les États-Unis ont démontré *prima facie* le bien-fondé de leur allégation concernant l'incidence sur le marché commercial.

7.662 Le Groupe spécial voudrait souligner que ses constatations ne doivent pas être interprétées comme exprimant une opinion sur le point de savoir si l'obligation énoncée à la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC s'applique ou non aux actes de contrefaçon et de piratage commis sans aucun but lucratif.

*xii) Facteurs divers*

7.663 Les États-Unis ont affirmé que la largeur du champ couvert par l'expression "à une échelle commerciale" laissait supposer que tout un ensemble de considérations devraient pouvoir être prises en compte pour prouver que l'on avait affaire à une "échelle commerciale".<sup>645</sup> Toutefois, ils n'ont pas présenté d'arguments étayant la prise en compte d'autres considérations que celles qui sont traitées plus haut.

7.664 Le Groupe spécial rappelle la constatation formulée plus haut au paragraphe 7.602, à savoir que s'il est allégué que la méthode utilisée par un Membre pour mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas des procédures pénales et des peines applicables aux actes visés par la première phrase de l'article 61, cette allégation doit être étayée par des éléments de preuve.

7.665 Les États-Unis ont mentionné brièvement divers facteurs et exemples, évoqués pour la plupart par des tierces parties, et considèrent apparemment qu'ils peuvent être pertinents pour la détermination de l'"échelle commerciale".<sup>646</sup> Ils ont donné l'exemple de "la fabrication de prototypes pour tester le matériel de production du contrevenant"<sup>647</sup> mais n'ont pas expliqué pourquoi cela n'entraînerait pas une responsabilité pénale au titre de la Loi pénale, y compris ses dispositions générales, ni en quoi cela constituerait une contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou un piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Ils n'ont pas expliqué non plus pourquoi "la commercialisation et la sollicitation de la clientèle" n'entraîneraient pas une responsabilité pénale au titre de la Loi pénale, y compris ses dispositions générales, ni en quoi elles constitueraient une contrefaçon de marque de commerce ou de fabrique ou un piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Enfin, ils n'ont pas expliqué pourquoi des "antécédents d'infractions" ne pourraient pas être couverts par le seuil de condamnation constitué par les "autres circonstances graves".

7.666 Par ailleurs, le Japon, appuyé par les Communautés européennes et avec lequel les États-Unis étaient d'accord, a fait référence à la possibilité de tenir compte de l'élément "organisation" dans la détermination de l'échelle commerciale.<sup>648</sup> Le Groupe spécial note que le Japon a inclus ce facteur dans son interprétation de "l'échelle commerciale" sur la base d'une définition du "commerce" en français et en espagnol qui signifie, à la base, une boutique. Toutefois, il n'existe pas, en langue anglaise, d'acception comparable du mot "commerce". Étant donné que la version anglaise de

---

<sup>644</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 67.

<sup>645</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 113; voir aussi la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 38.

<sup>646</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 16; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, notes de bas de page 35 et 36.

<sup>647</sup> Réponse des États-Unis à la question n° 62.

<sup>648</sup> Voir la note de bas de page 415 et la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 38.

l'Accord sur les ADPIC fait également foi<sup>649</sup>, le Groupe spécial ne considère pas que cet aspect de l'interprétation donnée par le Japon est valable. En outre, si une activité commerciale ordinaire ou habituelle comporte un élément d'organisation, vu sous l'angle de la coopération avec d'autres parties, les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi les dispositions générales de la Loi pénale chinoise (examinées plus haut aux paragraphes 7.439 à 7.446), qui permettent d'agrèger les actes portant atteinte aux droits commis par différentes personnes coopérant à la perpétration d'un même délit, sont inadéquates (en dehors de la question du niveau des seuils fixés) ni pourquoi le cumul des infractions dans le temps ou le cumul des produits portant atteinte aux droits se trouvant en différents lieux, aux fins de la définition "du volume des activités commerciales illicites", seraient inadéquats.

7.667 En conséquence, les États-Unis n'ont pas fait suffisamment le lien entre ces facteurs et les mesures en cause ni entre ces facteurs et leur allégation pour s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombe.

7.668 Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut aux paragraphes 7.652, 7.661 et 7.667 et constate que les États-Unis n'ont pas démontré *prima facie* le bien-fondé du deuxième élément de leur allégation au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

*xiii) Conclusion concernant l'allégation au titre de la première phrase de l'article 61*

7.669 À la lumière des constatations formulées plus haut aux paragraphes 7.632 et 7.668, le Groupe spécial conclut que les États-Unis n'ont pas établi que les seuils d'infraction pénale sont incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

**4. Allégation formulée au titre de la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC**

a) Principaux arguments des parties

7.670 Les États-Unis allèguent que les mesures pénales de la Chine n'étant pas conformes aux dispositions de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, elles sont donc également incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de la deuxième phrase de cet article. De l'avis des États-Unis, la Chine ne dispose pas des sanctions nécessaires ni de sanctions suffisantes pour empêcher le piratage et la contrefaçon.<sup>650</sup>

7.671 La Chine répond que l'obligation énoncée dans la deuxième phrase de l'article 61 vient s'ajouter à celle énoncée dans la première phrase de cet article et y est subordonnée. L'obligation énoncée dans la deuxième phrase ne prend naissance que si un Membre est tenu au titre de la première phrase de prévoir des procédures pénales et des peines.<sup>651</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.672 L'Australie fait valoir que l'article 61 crée une obligation de résultat, à savoir la mise en place de sanctions suffisantes pour activement décourager des tiers de se livrer à de tels actes. Un Membre doit activement poursuivre et réprimer de tels actes. La question de savoir si les sanctions sont suffisantes pour produire un tel effet dissuasif est évaluée au regard de la situation sur le territoire d'un

---

<sup>649</sup> Voir les dispositions finales de l'Accord sur l'OMC.

<sup>650</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 164 à 166.

<sup>651</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 144 à 147.

Membre, mais un autre Membre peut, conformément au Mémorandum d'accord, contester l'adéquation des sanctions prévues par un Membre pour obtenir cet effet dissuasif.<sup>652</sup>

7.673 Le Brésil relève qu'il est non seulement fait mention de peines d'emprisonnement dans la deuxième phrase de l'article 61, mais aussi d'amendes. En Chine, il semble que les petites infractions soient au moins punissables d'amendes à l'issue d'une procédure administrative. Il semble que ce soit faire preuve d'un formalisme excessif de postuler que parce que les amendes sont assimilées à des sanctions administratives dans un système juridique national, la question fondamentale de la capacité de dissuasion de la sanction devrait être éludée.<sup>653</sup>

7.674 Le Canada avance que les seuils de la Chine peuvent comporter des sanctions administratives, mais qu'ils empêchent l'application de sanctions pénales dans des cas se situant en deçà des seuils à partir desquels la responsabilité pénale est engagée. Les seuils créent des "boucliers pénaux" derrière lesquels des contrevenants professionnels sont libres de commettre des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur sans risquer l'emprisonnement ni une amende. Au lieu de les dissuader de commettre des infractions, les seuils fournissent aux contrevenants des paramètres clairs pour commettre des actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur en toute impunité.<sup>654</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.675 Le Groupe spécial observe que l'allégation formulée par les États-Unis dépend de l'issue de l'examen des allégations qu'ils ont formulées au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Des constatations additionnelles concernant cette allégation au titre de la deuxième phrase de l'article 61 ne contribueraient pas plus avant à une solution positive du présent différend. Par conséquent, il n'y a pas lieu pour le Groupe spécial de se prononcer sur cette allégation.

**5. Allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC**

a) Principaux arguments des parties

7.676 Les États-Unis allèguent que la législation de la Chine ne "comporte" pas les procédures et les peines requises aux termes des première et deuxième phrases de l'article 61, comme l'exige l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.<sup>655</sup>

7.677 La Chine répond que les États-Unis n'ont pas démontré que la Chine manquait à ses obligations au titre de l'article 61 et, partant, qu'ils n'ont pas démontré qu'elle manquait à ses obligations au titre de l'article 41:1.<sup>656</sup>

b) Principaux arguments des tierces parties

7.678 L'Argentine estime que les mesures de la Chine ne semblent pas être incompatibles avec l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 41:1 devrait être interprété à la lumière de l'article 1:1, qui ménage une flexibilité pour ce qui est de la mise en œuvre; de l'article 41:2, qui fait obligation aux Membres de faire en sorte que les procédures destinées à faire respecter les droits de

---

<sup>652</sup> Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 25.

<sup>653</sup> Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 39 à 42.

<sup>654</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 12.

<sup>655</sup> Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 167 à 169.

<sup>656</sup> Première communication écrite de la Chine, paragraphes 148 à 150.

propriété intellectuelle soient loyales et équitables; et de l'article 41:5, qui rend l'obligation énoncée à l'article 41:1 relative, et non absolue.<sup>657</sup>

7.679 Le Canada renvoie aux arguments qu'il a présentés concernant les allégations formulées au titre de l'article 61. En outre, le fait qu'"une pléthore de marchandises contrefaites ou piratées continue d'être produites, reproduites et distribuées en Chine, et exportées depuis la Chine" indique clairement que la Chine ne permet pas une action efficace contre des actes délibérés constitutifs d'atteintes commis à une échelle commerciale, et qu'elle ne prévoit pas de mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure, contrairement aux dispositions de l'article 41:1.<sup>658</sup>

c) Examen par le Groupe spécial

7.680 Le Groupe spécial observe que cette allégation dépend de l'issue de l'examen des allégations concernant les mesures pénales, qui ont été formulées au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Des constatations additionnelles concernant cette allégation au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC ne contribueraient pas plus avant à une solution positive du présent différend. Par conséquent, il n'y a pas lieu pour le Groupe spécial de se prononcer sur cette allégation.

## 6. Conclusions concernant les seuils d'infraction pénale

7.681 Le Groupe spécial rappelle la conclusion qu'il a formulée plus haut au paragraphe 7.669, selon laquelle les États-Unis n'ont pas établi que les seuils d'infraction pénale étaient incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

7.682 Le Groupe spécial applique le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne les allégations formulées au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC et de la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC (s'agissant des seuils d'infraction pénale).

## VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION

8.1 Pour les raisons exposées dans le présent rapport, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

- a) la Loi sur le droit d'auteur, en particulier la première phrase de l'article 4, est incompatible avec les obligations de la Chine au titre de:
  - i) l'article 5(1) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC; et
  - ii) l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC;
- b) s'agissant des mesures douanières:
  - i) l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC ne s'applique pas aux mesures douanières dès lors que ces mesures s'appliquent aux marchandises destinées à l'exportation;
  - ii) les États-Unis n'ont pas établi que les mesures douanières étaient incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où

---

<sup>657</sup> Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 30 à 37.

<sup>658</sup> Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 13.

celui-ci incorpore les principes énoncés dans la *première* phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC; et

- iii) les mesures douanières sont incompatibles avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC, dans la mesure où celui-ci incorpore le principe énoncé dans la *quatrième* phrase de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC; et
- c) les États-Unis n'ont pas établi que les seuils d'infraction pénale étaient incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de la première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

8.2 Le Groupe spécial applique le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne:

- a) l'allégation formulée au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne (1971), tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC; et les allégations formulées au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC (s'agissant de la Loi sur le droit d'auteur); et
- b) les allégations formulées au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC et de la deuxième phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC (s'agissant des seuils d'infraction pénale).

8.3 Conformément à l'article 3:8 du Mémoire d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. La Chine n'est pas parvenue à réfuter cette présomption. En conséquence, le Groupe spécial conclut que, dans la mesure où la Loi sur le droit d'auteur et les mesures douanières en tant que telles sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC, elles annulent ou compromettent des avantages résultant pour les États-Unis de cet accord.

8.4 Compte tenu de ces conclusions, le Groupe spécial recommande, conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, que la Chine mette la Loi sur le droit d'auteur et les mesures douanières en conformité avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

#### *Remarque finale*

8.5 Dans le présent différend, le Groupe spécial n'avait pas pour tâche d'établir l'existence ou l'importance de la contrefaçon de marques ou du piratage de droits d'auteur en Chine d'une manière générale, ni d'examiner la désirabilité de moyens rigoureux pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Les États-Unis ont mis en cause trois insuffisances spécifiques alléguées du régime juridique chinois en matière de droits de propriété intellectuelle au regard de certaines dispositions particulières de l'Accord sur les ADPIC. Le mandat du Groupe spécial se limitait à l'examen, sur la base d'une évaluation objective des faits présentés par les parties, de la question de savoir si ces insuffisances alléguées étaient incompatibles avec ces dispositions particulières de l'Accord sur les ADPIC.

---