

La mise en oeuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle par les pays en développement

Shujie Feng*

Introduction

Les divergences entre les pays développés et les pays en développement (PED) ont empêché la révision de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (ci-après « Convention de Paris (1967) ») et la propagation mondiale des conventions dans les secteurs spéciaux¹. De même, l'intégration de la propriété intellectuelle dans les négociations du Cycle d'Uruguay a suscité une forte opposition de la part des PED. Finalement, sous la pression des sanctions commerciales², et en contrepartie des concessions offertes par les pays développés dans les secteurs du textile et de l'agriculture, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) a pu être accepté par les PED en tant que partie intégrante du texte « single undertaking » de l'OMC. Cet accord pilier de l'OMC constitue une avancée remarquable du système international de protection des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans la mesure où il a intégré les principales conventions précédentes pour la protection des DPI et a établi de nouvelles règles dans de nombreux domaines.

Sachant que l'état de protection des DPI dans la plupart des PED était loin du niveau de protection défini par l'ADPIC, les PED ont de lourds engagements à remplir au titre de cet accord. Ils doivent d'abord élaborer ou modifier les régimes juridiques de protection des DPI, ce qui entraîne certains bouleversements législatifs. La deuxième étape consiste à assurer l'application effective des lois et règlements en matière de propriété intellectuelle. Vu la divergence antérieure entre les Membres de l'OMC et le niveau élevé de protection exigé par l'ADPIC, la mise en œuvre de cet accord devrait entraîner des conflits entre les pays développés et les PED devant l'Organe de règlement des différends (ORD).

Depuis l'entrée en vigueur de l'ADPIC en date du 1er janvier 1996, 26 plaintes concernant le DPI ont été déposées devant l'ORD³, dont 8 sont contre des PED. Cela suscite deux remarques importantes.

En premier lieu, toutes ces affaires ont mis en cause des dispositifs législatifs ou réglementaires nationaux, mais pas leur application. Si cette situation est normale en ce qui concerne les plaintes relatives aux autres accords de l'OMC, ce n'est cependant pas le cas pour l'ADPIC. En effet, cet accord vise les DPI, qui relèvent du droit privé et dont la protection implique non seulement les efforts des autorités étatiques mais aussi le respect par les individus,

* Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

¹ Par exemple, la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961 (« Convention de Rome »), le "Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés" (Traité IPIC) du 26 mai 1989.

² C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *Vand. J. Transnat'l L.*, March 1997, p.209-307.

³ DS28, DS36, DS37, DS42, DS50, DS59, DS64, DS79, DS82, DS83, DS86, DS114, DS115, DS124, DS125, DS153, DS160, DS170, DS171, DS176, DS186, DS196, DS199, DS224, DS290.

ce qui ne peut être garanti *a priori*. En conséquence, par rapport aux autres accords de l'OMC, la mise en œuvre de l'ADPIC dépend plus de l'application réelle de lois et réglementations nationales à part de la mise en place des législations nécessaires. C'est pourquoi la mise en œuvre de cet accord a beaucoup attiré l'attention des Membres de l'OMC⁴. Le texte initial a notamment prévu des périodes de transition pour les PED⁵. En outre, le sujet est revenu au centre des débats lors de la Conférence Ministérielle de Doha en 2001, ce qui témoigne de la sensibilité de cette question⁶.

En second lieu, si la période de transition pouvait donner une certaine explication sur le nombre peu élevé des plaintes de type « pays développé c/ PED » dans le cadre de l'ADPIC, on peut néanmoins s'interroger sur l'absence des plaintes visant la mise en œuvre de lois et règlements nationaux en matière de propriété intellectuelle après la période de transition visant la plupart des PED. S'il existe une certaine réticence de la part des pays développés envers les PED, avec souci de conforter le système multilatéral vulnérable de l'OMC⁷, il nous semble que le véritable problème se situe dans les limites que l'ADPIC impose à l'application du mécanisme de règlement des différends de l'OMC⁸.

Puisqu'il n'y a pas eu d'affaire devant l'ORD concernant l'application du droit national de PI dans les PED, nous allons faire des analyses hypothétiques pour en tirer une explication pour le passé et une perspective pour le futur. Cependant, ces analyses ne demeurent pas purement théoriques car elles seront menées en contraste avec la pratique américaine de la Section *Special 301*⁹. De 1989 à 1996, les Etats-Unis ont d'abord imposé aux PED un niveau élevé de protection des DPI, ainsi des mesures et procédures à cette fin, et ensuite exigé leur application dans ces pays à travers des pratiques au titre de la Section *Special 301*¹⁰. Ce n'est

⁴ Voir J.H. Reichman, "Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPs Agreement", 37 *Va. J. Int'l L.*, Winter 1997, p.335. Voir aussi Adrian Otten, "The First Five Years (1995-1999) : Implementing and Enforcing TRIPs Obligations", in *Intellectual Property : Trade, Competition and Sustainable Development*, ed. By Thomas Cottier and Peros C. Mavroidis, 2004, p.110.

⁵ Voir les articles 65 et 66 de l'ADPIC.

⁶ La Décision sur les questions et les préoccupations liées à la mise en œuvre (WT/MIN(01)/17) du 14 novembre 2001.

⁷ Christopher Arup, "The State of Play of Dispute Settlement "Law" at the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, 37(5), 2003, p. 897-920.

⁸ Voir Rochelle Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, "Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together", 37 *Va. J. Int'l L.*, (1997), p.275-333, spec. p.276-280; voir aussi Laurence R. Helfer, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case For a European Human Rights Analogy", 39 *Harv. Int'l L.J.*, Spring 1998, p.357-441, spec. 358.

⁹ La section 301 de l'Omnibus Trade Act of 1974 autorise le Président des Etats-Unis d'éliminer les pratiques commerciales « injustifiées ou déraisonnables » des pays partenaires commerciaux par les moyens unilatéraux, y compris notamment les rétorsions commerciales. L'Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 a créé la section 182 de l'Omnibus Trade Act of 1974, qui autorise le United States Trade Representative (USTR) à identifier les pays qui ne protègent pas les DPI d'une façon adéquate et leur infliger les rétorsions commerciales si ces pays ne changent pas leur politiques ou pratiques. Cette section est une expansion de la section 301 dans le secteur de la protection des DPI et ainsi nommée « la Section Special 301 ».

¹⁰ Timothy C. Bickham, "Protecting U.S. Intellectual Property Rights Abroad with Speical 301", *AIPLA Q.J.*, spring, 1995, p.195-220.

qu'après l'entrée en vigueur de l'accord ADPIC en 1996 et la mise en place du mécanisme de règlement des différends de l'OMC que les pratiques unilatéralistes américaines ont été encadrées dans le forum multilatéral. En revanche, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC constitue une multilatéralisation de la Section *Special 301* dans le sens où tous les deux emploient la logique de sanctions commerciales pour régler les conflits concernant la législation ou l'application du droit de PI. Il est donc possible qu'on puisse entrevoir l'avenir du mécanisme de règlement des différends de l'OMC au regard des expériences acquises des pratiques de la Section *Special 301*.

Il convient de voir d'abord, comment les termes abstraits employés par les dispositions de l'ADPIC et les pratiques diverses des Membres de l'OMC rendent difficile d'apprécier l'incompatibilité de l'application de lois ou règlements nationaux des PED en matière de propriété intellectuelle avec cet accord (Titre I). Ensuite, il sera difficile pour le groupe spécial de pousser la mise en conformité des éventuelles décisions de l'ORD par les PED dans le cadre du mécanisme de surveillance de l'exécution (Titre II). Enfin, les mesures de contrainte, efficaces ailleurs, ne le seront plus à l'égard des PED en ce qui concerne la mise en œuvre de lois et règlements en matière de propriété intellectuelle (Titre III).

I. Les différends mettant en cause l'application du droit national en matière de propriété intellectuelle dans les PED

A la différence des conventions internationales précédentes pour la protection des DPI, l'ADPIC prévoit d'une part, un niveau minimum de protections des DPI (notamment Partie II de l'accord)¹¹ et d'autre part, des procédures et mesures de faire respecter leur dispositif (Partie III de l'accord)¹². On y trouve donc le résultat à atteindre et les mesures à prendre par les Membres de l'OMC pour la protection des DPI, ce qui fait de l'ADPIC un accord « complet » parmi les traités internationaux en cette matière.

Il faut néanmoins faire une remarque importante. Bien que les procédures et mesures définies par la Partie III de l'ADPIC aient pour objectif de garantir le niveau minimum de protection des DPI et qu'il existe *de facto* une relation entre les deux, ce n'est cependant pas le cas *de jure* dans l'ADPIC au regard du droit international. En effet, la garantie du niveau minimum de protection des DPI et celle des effets des procédures et mesures de protection constituent deux obligations de résultat distinctes au sens du droit international, ce qui est confirmé tant par l'article 1.1¹³ que par la structure des dispositions de la Partie III de l'ADPIC¹⁴. Par conséquent, les plaintes déposées à propos de l'application du droit national en matière de DPI pourraient être classées en deux catégories : celles qui mettent en cause l'effet des

¹¹ L'article 1.1 de l'ADPIC dispose que « ... *Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en oeuvre 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....* ».

¹² Cela correspond en fait à la pratique des Etats-Unis au titre de *Special 301*, qui contrôle aussi bien ces deux aspects.

¹³ Qui laisse aux Membres de l'OMC la liberté de choix des procédés pour donner effet aux dispositions de l'ADPIC.

¹⁴ Qui dispose, d'une part, les procédures et mesures que les Membres devront mettre en place pour la protection des DPI et d'autre part, l'effet ou le résultat que ces procédures et mesures devront atteindre.

procédures et mesures nationales pour la protection des DPI et celles qui ont pour objet la mise en oeuvre du niveau minimum de protection des DPI.

A. Les différends concernant l'effet des procédures et mesures de protection des DPI

La Partie III de l'ADPIC a consacré 21 articles (articles 41–61) aux dispositions relatives aux procédures et mesures de protection des DPI, ce qui révèle leur importance.

L'article 41 pose des obligations générales, qui définissent les objectifs que les procédures et mesures doivent atteindre. On peut résumer ces objectifs en 5 points : les Membres mettront en place des procédures et mesures efficaces permettant de prévenir et de dissuader tout acte portant atteinte aux DPI (article 41.1); les procédures seront loyales et équitables (article 41.2) ; les décisions au fond seront, de préférence, écrites et motivées et s'appuieront exclusivement sur des éléments de preuve sur lesquels les parties ont eu la possibilité de se faire entendre (article 41.3) ; les décisions administratives finales et les décisions judiciaires initiales sur le fond pourront faire l'objet d'appel judiciaire (article 41.4) ; les obligations de la Partie III de l'ADPIC n'exigent pas un système judiciaire distinct ou une ressource spéciale pour faire respecter les DPI, ni n'affectent la capacité des Membres de faire respecter leur droit en général (article 41.5). Les autres articles de la Partie III ont précisé dans quatre sections les procédures et mesures que les Membres devront mettre en place pour la protection des DPI dans l'esprit de l'article 41.

La structure de la Partie III donne déjà un bon indice sur l'appréciation de l'application des procédures et mesures nationales. Les obligations de l'article 41 se constituent en fait en deux étapes : la disponibilité des procédures et mesures et l'efficacité de leur application. Ainsi, la mise en place des procédures et mesures prévues ne suffit pas à bien honorer les obligations d'un Membre selon l'ADPIC. Il faut que l'application de ces procédures et mesures soient « efficace » et « dissuasive », « loyale et équitable ». Par conséquent, la conformité de l'application des procédures et mesures dans le cadre de la Partie III de l'ADPIC devrait aussi être examinée selon ces critères. Cependant, dans le cadre du règlement des différends, il est difficile de savoir dans quelle mesure ces critères vont s'appliquer, puisqu'ils sont définis par les termes vagues et ambigus et que les Membres connaissent des situations très variées¹⁵.

Quant au cas des PED, il est encore plus compliqué puisque l'article 41.5 constitue presque explicitement une modération des exigences à leur égard¹⁶. D'une part, il est difficile de distinguer les difficultés dues au manque de ressources financières et la protection déguisée des intérêts locaux¹⁷ ; d'autre part, l'examen de l'application des moyens de faire respecter les DPI doit prendre en compte les difficultés de l'application générale du droit dans ce Membre en question¹⁸. Il est donc certain que le jugement de la conformité de l'application des procédures et mesures pour la protection des DPI dans un PED doit toujours passer par un examen au titre de l'article 41.5¹⁹.

¹⁵ Frédérick, M. Abbott, "The Enduring Enigma of TRIPS: A Challenge for the World Economic System", *JIEL*, volume 1, n° 1, Dec. 1998, p.497-521.

¹⁶ D'après nous, l'article 41.5 constitue un avantage beaucoup plus important que les périodes de transitions pour les PED.

¹⁷ Voir J.H. Reichman, *Op. cit.* note 4, p.349-350..

¹⁸ Rochelle Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, *Op. cit.*, p.275-333.

¹⁹ Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Law International, 2001, p.337.

Des recherches ont été menées sur les techniques juridiques spécifiques à ce type d'affaires devant l'ORD puisqu'il est difficile de développer des critères abstraits face aux situations très diverses des Membres de l'OMC et surtout face à la différence entre les pays développés et les PED,. Certains auteurs disent que l'ORD ne peut se pencher sur ces affaires qu'en dénonçant les « *flagrant violations* »²⁰. Cette opinion nous semble pertinente puisque le groupe spécial vérifie seulement, au titre de son contrôle initial²¹, l'incompatibilité des mesures nationales avec l'accord visé. Il n'a pas besoin de définir précisément le standard exact de la conformité et la simple violation de certains critères minimums pourrait prouver une non conformité. Cependant, cette méthode pragmatique ne suffit pas à rendre un rapport au titre de l'article 21.5, cette disposition demande implicitement la détermination de l'état de la conformité des mesures avec l'accord visé, ce dont on discutera dans la partie suivante.

B. Les différends concernant la mise en oeuvre du niveau minimum de protection des DPI

Le niveau minimum de protection est défini principalement dans la Partie II de l'ADPIC et il s'agit de l'existence, la portée et l'exercice des DPI. Puisque l'existence et la portée des DPI sont définies par la législation nationale et mises en oeuvre notamment par les administrations, leur application ne pose pas véritablement de problème sauf les difficultés techniques et financières comme la compétence des personnels et les ressources pour mettre en place les institutions nécessaires. Le vrai problème réside dans l'application des dispositions de l'ADPIC concernant l'exercice des DPI puisqu'elles concernent aussi bien la législation mise en place, les actes des autorités administratives et judiciaires, que les comportements des individus.

On peut avancer l'hypothèse suivante : la législation d'un Membre PED confère des droits aux titulaires de propriété intellectuelle conformément aux dispositions de l'ADPIC et les administrations et les tribunaux fonctionnent pour lutter contre les actes portant atteinte à l'exercice des DPI. Cependant, les titulaires des DPI ont bien des difficultés à accéder au marché local ou bien à exercer leurs droits en raison des pratiques de contrefaçon ou de piratage. Pourtant, les administrations mènent souvent des activités de saisie à la frontière ou à l'intérieur de ce pays et les tribunaux rendent des décisions en faveur des titulaires de DPI et punissent les contrefacteurs. Les titulaires des DPI pourraient dans ce cas pousser leur gouvernement à prendre les mesures en vue de régler ce problème, y compris bien sûr une action devant l'ORD, qui est une méthode légale de traiter les conflits dans le système multilatéral de l'OMC.

Les motifs pour ces plaintes pourraient se fonder sur la non conformité à l'ADPIC de la mise en oeuvre du niveau minimum de protection des DPI en tant qu'obligation de résultat. Cet argument est justifiable dans le sens que c'est à la fois une méthode classique en droit international et une possibilité fondée sur l'article 1.1 de l'ADPIC, qui dispose que « *Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. ... Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en oeuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques* ». D'ailleurs, bien que l'applicabilité des plaintes de type « non-violation » dans l'ADPIC fasse l'objet d'un débat, il n'a pas été exclu

²⁰ See Rochelle Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, Op. cit., p.275-333. J. H. Reichman, "Securing Compliance with the TRIPs Agreement after US v. India", *Journal of International Economic Law* 1, 1998, 4 : 585-601, J.H. Reichman, Op. cit. note 4, p.335.

²¹ Par rapport au rapport rendu par le groupe spécial ou l'Organe d'appel au titre de l'articles 21.5, la notion « rapport initial » est employée ici pour désigner le rapport rendu par le groupe spécial au titre de l'article 16 ou de l'Organe d'appel au titre de l'article 17.14.

la possibilité de porter les plaintes de ce type²². Cependant, quels que soient les motifs des plaintes, il est difficile d'appliquer un niveau minimum uniforme de la protection des DPI en raison des situations diverses dans les Membres de l'OMC.

Cette diversité de fait vient d'une part de la faible protection des DPI avant l'ADPIC dans les PED, et d'autre part des pratiques variées dans le cadre des conventions antérieures et incorporées par l'ADPIC, comme le cas de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (ci-après « la Convention de Berne (1971) »)²³. Ces pratiques diverses trouvent leur origine dans le fait qu'il n'existait pas de contrôle de la mise en oeuvre de ces conventions. Ces pratiques, intégrées dans les politiques socio-économique et culturelle des pays contractants et reconnues d'une façon implicite par les autres, devraient être reconnues aussi par le groupe spécial dans l'application de l'ADPIC²⁴.

Bien qu'il existe certaines difficultés à prouver une non conformité à l'ADPIC de l'application des moyens de faire respecter les DPI et du niveau minimum de protection des DPI, cela ne nous empêche pas d'envisager les éventuelles plaintes déposées et les décisions de l'ORD contre des PED. Cependant, même si un pays développé obtenait une décision en sa faveur, la mise en oeuvre de cette décision poserait de sérieux problèmes pour les PED. Le mécanisme de surveillance de la mise en oeuvre de la recommandation et décision et les mesures de contrainte connaîtront leurs limites.

II. La surveillance de la mise en oeuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle par les PED

Contrairement au GATT, le système juridictionnel de l'OMC est doté d'un mécanisme de surveillance, qui contrôle la mise en oeuvre des recommandations et décisions de l'ORD. Ce mécanisme de surveillance constitue une certaine garantie pour l'efficacité et la crédibilité de ce nouveau mécanisme de règlement des différends.

²² Les plaintes de type « non-violation » sont définies dans l'article XXIII 1 b) et 1 c) du GATT 1947 et élaborées par l'article 26 du Mémoire d'accord. Dans le texte initial, l'ADPIC a disposé dans l'article 64.2 d'un moratoire de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour l'application des alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994. L'article 64.3 demande au Conseil des ADPIC d'examiner la portée et les modalités pour les plaintes de ce type formulées au titre de cet accord et présenter ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. En raison de la divergence entre les Membres de l'OMC et d'un contexte général défavorable à l'avancement des négociations, les Membres n'ont toujours pas pu se mettre d'accord sur le sujet de l'application des plaintes de type « non-violation » dans le cadre de l'ADPIC, qui reste donc toujours l'objet de discussion. Voir Jayashree Watal, *Op. cit.*, p. 367; Sung-joon Cho, "GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework : Are They Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process ?", *Harv. Int'l L. J.*, Spring 1998, p.311-351, spec. p.314-315 ; Frédéric, M. Abbott, "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights" in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer law international, 2004, p. 421-453, spec. p. 423. UNCTAD, *Dispute Settlement, World Trade Organization, TRIPS*, United Nations, New York and Geneva, 2003, p.37.

²³ Laurence R. Helfer, *Op. cit.*, p.357.

²⁴ Laurence R. Helfer, *Op. cit.*, p.357-441, spec. p.411.

L'article 21 du Mémorandum d'accord établit une série de dispositifs pour la surveillance de l'exécution des recommandations et décisions de l'ORD, notamment les procédures de contrôle du délai raisonnable de la mise en conformité²⁵ et de la compatibilité des mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions²⁶. On peut constater que ce mécanisme de surveillance permet en premier lieu de pousser le Membre concerné à se conformer à l'accord visé avec une contrainte de temps, et ensuite, d'effectuer un examen impartial de la conformité des mesures prises par ce Membre.

Cependant, cela ne nous empêche pas d'entrevoir des problèmes dans l'application de ce mécanisme. Ainsi, on observe que les décisions en principe définitives et obligatoires souffrent du développement des « contentieux » de leur exécution²⁷. Si l'origine de ce genre de problèmes est essentiellement technique dans la mesure où les Membres ont pu développer les techniques juridiques pour profiter des points faibles de la procédure de règlement des différends, des problèmes se poseraient bien au-delà en ce qui concerne l'application du droit national pour la protection des DPI dans les PED. Cela demande un changement de perspective de la réflexion sur le mécanisme de surveillance.

A. Le contrôle du délai raisonnable de la mise en conformité

En vertu de la procédure de règlement des différends de l'OMC, une fois que le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel a été adopté par l'ORD, le Membre concerné doit donner suite dans les moindres délais à la recommandation ou décision de l'ORD. S'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce Membre aura un délai raisonnable pour le faire. Ce délai raisonnable peut être proposé par le Membre concerné et approuvé par l'ORD ou mutuellement convenu par les parties au différend ou déterminé par arbitrage.²⁸ Quant aux affaires en matière de DPI concernant les PED, la nature particulière des mesures à prendre rend difficile la détermination d'un « délai raisonnable ».

1°/ Le délai raisonnable mis en cause par la nature des mesures à prendre

Le délai de l'exécution des recommandations et des décisions de l'ORD dépend de la nature des mesures nécessaires à prendre à cette fin par le Membre concerné. L'article 3 :7 dispose que « ...En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés... ». Cela signifie implicitement que les mesures, objet de la procédure de règlement des différends, sont des actes des autorités étatiques. Cela est également confirmé par la notion de « mesure » en droit

²⁵ Aux termes de l'article 21.3 du Mémorandum d'accord, le Membre concerné doit se conformer immédiatement à la recommandation et décision de l'ORD. Si cela n'est pas possible, il peut avoir un délai raisonnable de le faire, ce qui ne peut dépasser 15 mois sauf les cas exceptionnels.

²⁶ L'article 21.5 du Mémorandum d'accord dispose que le désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises par le Membre concerné sera réglé suivant les procédures de règlement des différends et par le groupe spécial initial si possible. Le rapport doit être rendu dans un délai de 90 jours en principe.

²⁷ Voir H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2002, n°3, p.877.

²⁸ L'article 21.3 du Mémorandum d'accord.

de l'OMC. La « mesure » susceptible d'un recours devant l'ORD a son origine dans l'interprétation extensive de l'époque du GATT, qui s'est poursuivie dans le cadre de l'OMC²⁹. Ainsi, l'article XXVIII a) du GATS dispose que « *le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme* ». Par conséquent, il suffit pour le Membre concerné de faire un simple geste de « retrait » afin de se mettre en conformité avec l'accord visé, ce qui se réalise presque toujours par des mesures législatives et réglementaires³⁰. Il est donc normal que le Mémorandum d'accord ne permette qu'un délai maximum de 15 mois pour la mise en oeuvre des recommandations et décisions de l'ORD³¹ et que l'arbitre au titre de l'article 21.3.c du Mémorandum d'accord ne prenne en compte que les procédures législatives et réglementaires dans l'ordre interne du Membre concerné pour déterminer le délai raisonnable de l'exécution des recommandations et décisions³².

Si l'on constate que cette procédure fonctionne bien dans son principe à l'égard des affaires concernant la mise en place ou la modification d'une mesure législative ou réglementaire, elle connaîtrait certaines difficultés dans le cadre des affaires concernant l'application du droit national pour la protection des DPI. D'une part, l'accord ADPIC prévoit non seulement des obligations négatives mais aussi et surtout beaucoup d'obligations positives à l'égard des autorités étatiques³³ ; d'autre part, l'application des lois et règlements en matière de PI dépend aussi du respect automatique par les individus, ce qui ne peut être obtenu dans un court terme. Par conséquent, l'amélioration de la protection des DPI dans un PED nécessite des efforts à long terme, ce qui constitue donc une « mission impossible » dans un délai maximum de 15 mois.

Cette situation délicate était en fait prévisible lors des négociations multilatérales du Cycle d'Uruguay et a même été implicitement illustrée par l'adoption des dispositions transitoires. Ainsi, l'article 65.3 a prévu une période transitoire de 5 ans pour « *Tout autre Membre dont le régime d'économie planifiée est en voie de transformation en une économie de marché axée sur la libre entreprise, et qui entreprend une réforme structurelle de son système de propriété intellectuelle et se heurte à des problèmes spéciaux dans l'élaboration et la mise en oeuvre de lois et réglementations en matière de propriété intellectuelle* »³⁴. C'est une reconnaissance du fait que la mise en oeuvre des lois et règlements en matière de propriété intellectuelle nécessite aussi du temps et leur élaboration elle-même ne suffit pas à honorer les obligations au titre de l'accord ADPIC. Néanmoins, les pays développés étaient dès l'origine impatients de tirer les bénéfices de leur victoire dans la négociation de l'ADPIC, en donnant aux PED une période de transition insuffisante. Si on pense qu'un traité entré en vigueur impose au moins une pression à ses signataires sur le plan des tactiques diplomatiques, il nous semble qu'une loi promulguée mais non appliquée est pire que l'inexistence de cette loi car cela produit des effets néfastes sur l'Etat de droit. Si les pays développés étaient conscients des limites des

²⁹ Voir H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2003, n°3, p.905.

³⁰ UNCTAD, *Dispute Settlement, World Trade Organisation, 3.4 Implementation and Enforcement*, United Nations, New York and Geneva, 2003, p.17.

³¹ Voir l'art. 21.3 c) du Mémorandum d'accord.

³² UNCTAD, *Op. cit.*, p.10-13.

³³ Michael Finger et Philip Schuler, « La mise en oeuvre des accords de l'OMC : Le défi du développement », in Philip English, Bernard Hoekman, Aaditya Mattoo, *Développement, commerce et OMC*, édition Economica 2004, p. 306-324, spec. p.313-320.

³⁴ Mise en valeur par l'auteur.

lois et des actions des autorités étatiques des PED, leur mépris suscite néanmoins des difficultés sur le plan technique juridique dans le cadre du Mécanisme de règlement des différends.

2°/ L'insuffisance du délai raisonnable et une solution paradoxale

Certes il existe des dispositions dans le Mémorandum d'accord et l'ADPIC sur le traitement spécial pour les PED, mais il ne nous semble pas que ce problème puisse être réglé par l'octroi des traitements spéciaux dans le cadre du règlement des différends. En effet, ce problème touche l'esprit de la procédure de contrôle du délai d'exécution des recommandations et décisions de l'ORD. Dans deux affaires différentes, l'Argentine et le Chili ont demandé l'application de l'article 21.2³⁵ du Mémorandum d'accord lors de la détermination du délai raisonnable de l'exécution, mais aucun des deux pays n'a obtenu gain de cause puisque le groupe spécial n'a pas jugé que la qualité de PED de l'Argentine ou du Chili pouvait donner lieu à une prolongation de la durée d'exécution. Seul l'Indonésie a pu bénéficier de 6 mois de prolongation de la durée d'exécution en raison d'une circonstance de crise économique³⁶.

En l'absence de dispositions précises dans le Mémorandum d'accord sur la méthode de détermination du délai raisonnable d'exécution, les arbitres ont développé des critères d'appréciation. Ils s'appuient sur les procédures législatives et réglementaires internes pour déterminer un délai raisonnable d'exécution quand l'affaire ne concerne que l'élaboration ou la modification d'un régime juridique. Il serait donc logique en théorie pour eux de fonder leur décision sur la situation de l'Etat de droit dans un PED Membre concerné et même sur des éléments extra juridiques dans les affaires relatives à l'application du droit national en matière de propriété intellectuelle. Cependant, un délai raisonnable ainsi déterminé deviendrait « déraisonnable » puisqu'il pourrait s'agir d'un délai nécessaire de plusieurs années. Dans ce cas, il serait légitime de se demander quel est le sens d'une procédure visant la mise en oeuvre efficace d'une décision. De plus, la période de transition définie par l'ADPIC serait donc modifiée par l'ORD, qui n'a cependant pas le droit d' « *accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés* »³⁷.

Parmi les propositions de réforme du Mécanisme de règlement des différends soumises au Comité des négociations de l'OMC, il y a une insistance accrue sur la nécessité de prendre en compte la situation particulière des PED dans la fixation du délai raisonnable d'exécution³⁸.

³⁵ L'article 21.2 du Mémorandum d'accord demande une attention particulière aux questions affectant les intérêts des PED en ce qui concerne leurs mesures faisant l'objet des procédures de règlement des différends.

³⁶ Argentine - *Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis* - Arbitrage au titre de l'article 21:3 (c) (WT/DS155/10), para.51, Chili - *Taxes sur les boissons alcooliques* - Surveillance de la mise en oeuvre des recommandations et décisions - Arbitrage au titre de l'article 21.3 c) (WT/DS87/15 et WT/DS110/14, para.45), et Indonésie - *Certaines mesures affectant l'industrie automobile* - Arbitrage au titre de l'article 21.3.c (WT/DS54/15, WT/DS59/13 et WT/DS64/12), para.24. Voir aussi Frieder Roessler, "Special and Differential Treatment of Developing Countries under the WTO Dispute Settlement System", in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer law international, 2004, p.87-90.

³⁷ Articles 3.2 et 19.2 du Mémorandum d'accord.

³⁸ Voir H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2003, n°3, p.898.

Néanmoins, il semble nécessaire que le système de règlement des différends de l'OMC conserve l'esprit défini par l'article 21.1, ainsi l'article 3.3 du Mémoire d'accord,³⁹ c'est-à-dire, le règlement efficace des différends dans l'intérêt de tous les Membres. Si l'on observe une certaine inadéquation du « délai raisonnable » aux affaires en matière de DPI mettant en cause des PED, c'est plutôt la mise en oeuvre de l'ADPIC elle-même qui pose des questions, comme en témoigne aussi l'application de l'article 21.5 du Mémoire d'accord en cette matière.

B. Le contrôle de la conformité des mesures prises par les PED

La deuxième étape de la surveillance de la mise en oeuvre des recommandations et décisions de l'ORD porte sur le contrôle de l'existence ou la conformité avec l'accord visé des mesures prises par le Membre concerné au titre de l'article 21.5. Il convient de remarquer ici une amélioration importante par rapport à l'ancienne pratique au titre de la Section *Special 301*. Quand les Etats-Unis déterminent d'une façon unilatérale l'état de protection « adéquate et efficace » des DPI dans un autre pays au titre de la Section *Special 301*, l'USTR (United States Trade Representative) possède un pouvoir assez autoritaire et flexible. Les éléments politiques et diplomatiques jouent un rôle plus important que les analyses juridiques. Par conséquent, l'USTR n'a donc jamais eu de difficultés à prononcer une décision de nature administrative sur une protection inadéquate ou inefficace dans un autre pays. Par contre, dans le cadre de l'OMC, bien que le texte du Mémoire d'accord ne définisse pas clairement la séquence de l'application entre l'article 21.5 et l'article 22.6⁴⁰, les Membres au litige dans la pratique, par un accord entre eux, actionnent les deux procédures parallèlement, mais ne demandent finalement l'application de l'article 22.6 qu'après la décision rendue aux termes de l'article 21.5^{41,42}. Il est désormais évident que la conformité ou non avec l'accord visé des mesures prises par le Membre concerné doit être déterminée par un groupe spécial indépendant des parties au différend et d'une façon impartiale⁴³.

Le passage du mécanisme bilatéral au mécanisme multilatéral apporte des améliorations à la justice sur le plan procédural, mais exige plus de techniques juridiques pour trancher les difficultés au fond concernant la détermination de la conformité des mesures prises par un PED relatives à l'application du droit national en matière de DPI.

³⁹ Article 21.1 dispose que « *Pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD* ». Article 3.3 dispose que « *Le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres* ».

⁴⁰ Ce qui dispose de l'autorisation des mesures de représailles.

⁴¹ Voir H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2002, n°3, p.877-878.

⁴² Si l'on a raison de proposer de clarifier la séquence de l'application entre ces deux articles dans le futur réexamen du Mécanisme de règlement des différends, l'esprit des dispositions actuelles du Mémoire d'accord et la pratique ainsi arrangée par les Membres démontrent déjà le fait que le multilatéralisme l'emporte l'unilatéralisme.

⁴³ Ce qui est exigé par l'article 23 du Mémoire d'accord et confirmé par l'ORD dans l'affaire Etats-Unis – *Section 301-310 du Trade Act de 1974*(WT/DS152).

1°/ la détermination difficile de l'état de conformité des mesures prises par un PED

Bien qu'il semble que le rapport au titre de l'article 21.5 constitue un contrôle secondaire par rapport au rapport initial, la tâche du groupe spécial n'en est pas moins difficile. D'abord, l'examen des mesures prises par le Membre concerné porte non seulement sur leur conformité avec la recommandation et décision mais aussi sur leur conformité avec les dispositions de l'accord visé, comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*⁴⁴. Ensuite, dans le même rapport, l'Organe d'appel a annoncé que le groupe spécial doit examiner les mesures de mise en conformité en tant que « nouvelle mesure » dans leur intégralité car elles sont différentes de la mesure initiale⁴⁵. De même, si le groupe spécial pouvait éviter de traiter certains aspects délicats des mesures en cause dans son rapport initial en appliquant le principe de l'économie jurisprudentielle, « principe selon lequel les groupes spéciaux peuvent limiter leur examen à ce qui est nécessaire à la solution du litige sans nécessairement répondre à tous les arguments et moyens des parties »⁴⁶, il ne peut pas éviter de déterminer un état de conformité dans un rapport de l'article 21.5 sous le même prétexte. Tout cela démontre que le groupe spécial devrait exercer en quelque sorte le même contrôle dans le rapport de l'article 21.5 que dans le rapport initial sauf que « l'autorité de la chose jugée » empêche le groupe spécial de contrôler à nouveau les aspects déjà traités⁴⁷.

D'ailleurs, le but de la procédure initiale est de déterminer la non conformité des mesures prises par un Membre, procédure à laquelle s'applique *mutatis mutandis* le principe de la « présomption de bonne foi ». Dans ce cas, même si le groupe spécial ou l'Organe d'appel n'a pas rendu une décision de non conformité à l'égard de l'état de protection des DPI dans un PED, celui-ci ne représente pas nécessairement l'état de conformité exigé par l'ADPIC. Par contre, dans la procédure de l'article 21.5, le groupe spécial doit décider de la conformité avec l'ADPIC des mesures prises par un PED. Par conséquent, en concrétisant les termes ambigus dans les dispositions de l'ADPIC, le groupe spécial devrait justement repérer ou déterminer un état de conformité avec l'ADPIC de l'application du droit national en matière de propriété intellectuelle dans un PED, ce qui aura ensuite une sorte de valeur jurisprudentielle⁴⁸.

Cela dit, le groupe spécial doit effectuer un contrôle d'autant plus difficile dans le cadre de l'article 21.5 qu'il doit prendre en compte l'état de protection des DPI dans les PED et les traitements spéciaux pour ces pays.

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils - Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS70/AB/RW), adopté le 4 août 2000. Voir aussi UNCTAD, Op. cit., p.22.

⁴⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada-Aéronefs* (art. 21.5), WT/DS/70.AB/RW, §41. Voir également H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2002, n°3, p.883.

⁴⁶ Voir Hélène. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 1999, n°2, p.453-506, spec. p.461.

⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada-Aéronefs* (art. 21.5), WT/DS/70.AB/RW, §§95-97. Voir également H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2002, n°3, p.883-884.

⁴⁸ H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI* 2002, n°3, p.884.

2°/La marge nationale d'appréciation et « les états de conformité » ?

Si un niveau minimum uniforme de la protection des DPI peut être obtenu sur le plan législatif par la transformation ou l'incorporation de l'ADPIC dans l'ordre juridique interne des Membres de l'OMC, il ne peut en être de même quant à l'application du droit, ce qui devrait être évaluée en vertu des critères concrets développés par le groupe spécial ou l'Organe d'appel. Néanmoins, même avec ces critères concrets, il est impossible de déterminer un standard uniforme de conformité à l'ADPIC en raison de la diversité des situations de protection des DPI dans les Membres. En outre, l'article 41.5 ne demande pas des efforts spéciaux pour faire respecter les DPI par rapport à l'application générale du droit, ce qui constitue en quelque sorte une tolérance de la diversité de l'état de protection des DPI dans les Membres.

Face à ce conflit entre l'uniformité et la diversité, certains auteurs n'hésitent pas à proposer aux juges de l'OMC de s'approprier la méthodologie de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)⁴⁹. La similarité entre l'ADPIC et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁰ et celle entre les tâches de l'ORD et de la CEDH⁵¹ nous donnent bien des raisons d'aller dans ce sens. Comme la CEDH, l'ORD pourrait en fait exercer un contrôle supplémentaire en laissant une marge nationale d'appréciation⁵² aux Membres en matière de protection des DPI. Au cours du contrôle de la protection des DPI, l'ORD pourrait ajuster cette marge nationale d'appréciation en observant le degré de convergence entre les Membres dans l'aspect en question. La marge nationale d'appréciation sera d'autant plus étroite que le degré de convergence entre les Membres est élevé. Ainsi, en face de la diversité des situations de protection des DPI, l'ORD pourrait déterminer différents niveaux de conformité avec l'ADPIC de l'application du droit national en matière de DPI en tenant compte des circonstances particulières dans les PED, notamment les ressources limitées, les problèmes généraux relatifs à l'application du droit, etc.

Cette proposition ne reste cependant pas seulement dans le cercle du raisonnement théorique⁵³, elle a la possibilité de se réaliser dans la pratique. On peut déjà trouver des traces de cette pratique dans les affaires de l'OMC. Dans l'affaire *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS50)*⁵⁴,

⁴⁹ Laurence R. Helfer, Op. cit., p.357-441,

⁵⁰ L'ADPIC et la Convention européenne des droits de l'homme sont tous les deux un traité conclu entre les gouvernements en vue de la protection des droits des individus.

⁵¹ Similarité dans le sens que tous les deux sont de nature d'une juridiction chargée de contrôler l'application d'un traité inter-gouvernemental pour la protection des droits des individus.

⁵² Sur la marge nationale d'appréciation, voir Mirelle Delmas Marty, *Raisonner la raison d'état – vers une europe des droits de l'homme*, Puf, 1^{re} édition, 1989 ; Mirelle Delmas Marty et Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit – réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, n°4, 2000, p.753-780.

⁵³ J.H. Reichman, Op. cit. note 4, p.335; Rochelle Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, Op. cit., p. 275-333.

⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel, l'affaire *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS50/AB/R)*. Voir aussi Jerome H. Reichman, "The TRIPS Agreement Comes of Age : Conflict or Cooperation in the Post-Transitional Phase ?", in *Intellectual Property : Trade, Competition and Sustainable Development*, ed. By Thomas Cottier and Peros C. Mavroidis, 2004, p.117 ; S.P. Croley & J.H.

l'Organe d'appel a reconnu en quelque sorte une marge nationale d'appréciation dans la mesure où des efforts ont été réalisés de bonne foi quant à l'application de l'ADPIC dans l'ordre interne. De plus, le groupe spécial a, dans l'affaire *Canada- protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (WT/DS/114/R)*, suivi catégoriquement la méthodologie de la CEDH introduite par l'argument des Communautés Européennes (CE). En l'espèce, les CE ont essayé de prouver une convergence entre les Membres de l'OMC sur la période compensatoire de protection pour les brevets pharmaceutiques en vue d'en faire un « intérêt légitime » de l'article 30 de l'ADPIC. Le groupe spécial a conclu:

« Au total, (...) que l'intérêt allégué aux noms des titulaires de brevets dont la période effective d'exclusivité commerciale avait été réduite par des retards survenant dans l'obtention de l'approbation de commercialisation n'était ni impérieux ni largement reconnu au point de pouvoir être considéré comme un "intérêt légitime" au sens de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC. Malgré le nombre de gouvernements qui avaient réagi de manière positive face à cet intérêt allégué en accordant à titre de compensation la prolongation de la durée des brevets, la question elle-même se posait depuis assez peu de temps et il y avait manifestement toujours des divergences entre les gouvernements sur le bien-fondé de ces allégations. En outre, Il pensait que le concept d'"intérêts légitimes" énoncé à l'article 30 ne devrait pas être utilisé pour trancher, de manière impérative, une question de politique normative qui faisait manifestement toujours l'objet d'un débat politique à l'issue incertaine⁵⁵ ».

Ainsi a été confirmée l'adoption de la méthodologie de la CEDH par les juges de l'OMC même si c'est de façon un peu occasionnelle. Il reste à voir jusqu'à quel point cette méthode pourrait être utilisée.

En théorie, il est possible pour un PED de se voir demander un état de conformité avec l'ADPIC déterminé spécialement pour lui par un groupe spécial de l'article 21.5, au lieu d'un état uniforme de conformité pour tous les pays puisqu'il n'existe pas de convergence sur ce point entre les Membres de l'OMC. En vertu de ces états de conformité, les « *flagrant violations* » de l'ADPIC seront condamnées par l'ORD et les PED devront dès lors mettre leur législation en conformité, tandis que la faiblesse du niveau de protection, due notamment au manque de ressources financières ou au problème général de l'application du droit, sera traitée avec une certaine latitude conformément à l'article 41.5. L'uniformité et la diversité seraient ainsi respectées, ce qui diminuerait les conflits entre les pays développés et les PED. C'est la façon de l'internationalisation du droit plus acceptable et plus faisable⁵⁶. Quant à la promotion de la convergence entre la majorité des Membres, l'ORD devrait procéder avec plus de modération que la CEDH, car, pour repérer la convergence entre la majorité à propos du niveau minimum uniforme de protection des DPI, il faut distinguer au moins trois groupes parmi les Membres de

Jackson, "WTO dispute procedure, Standard of review, and deference to national governments", 90 *Am. J. Int'l. L.* 193 (1996).

⁵⁵ Rapport du groupe special, affaire *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*(WT/DS/114/R), §7.82. Voir aussi Frédérick, M. Abbott, Op. cit. note 22, , p. 429-430.

⁵⁶ Mirelle Delmas Marty et Marie-Laure Izorche, Op. cit. note 52.

l'OMC: les pays développés, les PED et les pays les moins avancés (PMAs). L'ORD peut promouvoir la convergence repérée dans chaque groupe mais certainement pas entre les groupes.

Si les pays développés peuvent accepter « les états de conformité » ainsi déterminés, en raison de la diversité de l'état de protection des DPI dans les PED, l'utilisation des mesures de représailles serait considérablement diminuée. En toute hypothèse, les mesures de représailles ne peuvent avoir que des effets très limités quant à la mise en oeuvre des décisions de l'ORD par les PED.

III. Les mesures de contrainte à la mise en oeuvre des décisions de l'ORD par les PED

La compensation et la suspension des concessions ou d'autres obligations constituent les mesures de contrainte, qui sont importantes pour l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Si la nature volontaire et le temps restreint pour arriver à un accord mutuellement acceptable ont réduit les occasions de recourir à la compensation⁵⁷, le consensus négatif fait en sorte que l'autorisation des mesures de rétorsion puisse être accordée presque automatiquement. Bien que les mesures jugées incompatibles soient souvent retirées avant le déclenchement des mesures de représailles, la menace de l'utilisation de ces contre-mesures montre, certes d'une façon négative, l'efficacité de ce mécanisme à l'incitation de la mise en conformité.

Mais pour les affaires en matière de propriété intellectuelle concernant les PED, le mécanisme des mesures de contraintes connaîtra certaines limites. D'une part, la compensation, qui trouve déjà peu d'occasion de s'appliquer, en aura encore moins avec les PED, dans la mesure où la plupart de ces pays n'ont ni la capacité, ni l'envie de supporter une telle dépense et que beaucoup de PMAs sont déjà très lourdement endettés⁵⁸. D'autre part, les mesures de représailles de l'OMC, sur lesquelles nous allons plus particulièrement nous attarder, connaîtront le même sort que la pratique américaine de la Section *Special 301* si ce n'est pire. Cela nous conduit même à réfléchir sur l'applicabilité des mesures de représailles à la mise en oeuvre de l'ADPIC dans les PED au stade de l'application du droit national.

A. les effets limités des mesures de représailles à l'égard des PED

Malgré les discussions sur les avantages et les inconvénients de la soumission des différends concernant les DPI au mécanisme de règlement des différends de l'OMC⁵⁹, les mesures de

⁵⁷ See Joost Pauwelyn, "Proposals for Reforms of Article 21 of the DSU", in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer law international, 2004, p. 51-59, spec. p. 58.

⁵⁸ Les pays en voie de développement sont souvent désignés comme « les pauvres » et les PMAs comme « les plus pauvres parmi les pauvres ». Voir Jerome H. Reichman, "The TRIPS Agreement Comes of Ages: Conflict or Cooperation in the Post-Transitional Phase?", in *Intellectual Property: Trade, Competition and Sustainable development*, ed. by Thomas Cottier and Peros C. Mavroidis, 2004, p.116.

⁵⁹ Certains auteurs pensent que l'ADPIC a réussi à transformer le *Special 301* d'unilatéralisme en multilatéralisme et les PED ne souffrent plus de la contrainte bilatérale tandis que certains d'autres sont d'avis que cette arme a été internationalisée et transmise dans les mains de tous les pays développés. Nous pensons que c'est un pas positif pour les PED dans le sens que l'unilatéralisme a été ainsi encadré et sous de contrôle multilatéraliste. Les mesures de rétorsion existaient toujours dans tous les domaines de la relation internationale économiques, y compris le

rétorsion au titre de la Section *Special 301* et celles de l'OMC partagent de toute façon la même nature dans le sens où elles constituent des moyens de contrainte. De même, les limites des effets que la pratique au titre de la Section *Special 301* a connus vaudront sûrement pour les mesures de représailles de l'OMC.

Le recours intensif des Etats-Unis à l'arme de la Section *Special 301* depuis le milieu des années 1980, surtout à l'encontre des PED, permet de dégager des réflexions empiriques aujourd'hui. En fait, on peut identifier deux objectifs relatifs à la Section *Special 301*: imposer une législation américaine aux PED et pousser sa mise en oeuvre. Seul le premier objectif a été atteint grâce à l'utilisation et la menace de l'utilisation des mesures de rétorsion⁶⁰. En ce qui concerne la protection des DPI, la menace de sanction unilatérale américaine pourrait pousser les PED à renforcer les actes des administrations et des tribunaux, ce qui vaut autant pour les affaires concernant les moyens de faire respecter les DPI que pour les affaires concernant le niveau minimum de protection. Avec le renforcement des procédures et mesures de protection, un PED ne peut montrer sa conformité avec l'accord visé qu'avec les statistiques des actions administratives et judiciaires⁶¹. Dans les affaires récentes dans le cadre de la Section *Special 301*, le USTR ne se contente plus du nombre d'actions menées par les autorités étatiques contre les actes portant atteinte aux DPI, mais interroge le taux de condamnation par les tribunaux internes⁶². Il nous semble que cela ne change en rien l'état réel de la protection des DPI dans les PED.

En fait, les statistiques des actions menées contre les actes portant atteinte aux DPI ne peuvent pas prouver la conformité des mesures prises avec l'accord visé dans les affaires concernant l'application du droit national en matière des DPI. D'une part, les efforts faits par le pays Membre ne peuvent servir de moyen de défense que dans une procédure concernant les obligations de moyens⁶³, qui n'est néanmoins pas le cas dans ces affaires; d'autre part, les efforts des autorités étatiques contre les actes portant atteinte aux DPI ne se traduisent pas nécessairement en une amélioration substantielle de l'état de protection des DPI dans un PED Membre concerné. Cette situation peut paraître paradoxale car si les statistiques montrent que les administrations et les tribunaux ont fait beaucoup d'efforts, ces chiffres impliquent aussi que les actes de violations des DPI restent assez nombreux. Nous devrions peut-être faire plus attention aux efforts à long terme pour l'amélioration de la protection des DPI et espérer une diminution graduelle du nombre d'actions contre les actes portant atteinte aux DPI, mais pas au contraire.

secteur de la propriété intellectuelle et ce n'est donc pas l'ADPIC qui est l'origine de cette pratique. Voir Jayashree Watal, Op. cit., p.59.

⁶⁰ Voir Ryan M.P., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, DC: The Brookings Institution, 1998; Inti Linkletter Knapp, "The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral Trade Policy despite the Multilateral TRIPs Enforcement Framework?", 21 U. Pa. J. Int'l Econ. L. spring 2000, p.173-210; Wendy. S. Vicente, "Questionable Victory for Coerced Argentine Pharmaceutical Patent Legislation", 19 U. Pa. J. Int'l Econ. L. winter 1998, p.1101-1140.

⁶¹ Comme les pratiques de *Special 301* a démontré chez les PED, par exemple, le cas avec la Chine pendant les 3 négociations sino-américaines des années 1990.

⁶² Voir Jayashree Watal, Op. cit., p.385.

⁶³ Voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 5^e édition, Montchrestien, 2001, p.548-549.

Les mesures de représailles de l'OMC sont encore moins efficaces que celles de la Section *Special 301*. D'abord, à la différence de la méthode unilatérale et autoritaire des Etats-Unis, l'ORD exerce un contrôle de la nécessité des représailles dans les secteurs croisés. Les mesures de représailles doivent être prises dans le même secteur que celui où le dommage a été causé et elles ne peuvent être autorisées dans les secteurs croisés que si cela n'est pas possible ou efficace dans le même secteur⁶⁴. En ce qui concerne les DPI, un secteur s'entend par une des 7 catégories de PI définies dans la Partie II, ou les obligations résultant de la Partie III ou de la Partie IV de l'accord ADPIC⁶⁵. Comme la plupart des DPI appartient aux pays développés, les mesures de représailles à l'égard d'un PED dans le(s) secteur(s) de DPI ne seront pas efficaces si elles ne sont pas impossibles. Par contre, les PED possèdent de la possibilité de prendre les mesures de représailles dans les secteurs de DPI à l'égard des pays développés bien qu'ils n'aient pas la capacité d'agir en matière de marchandises ou de service, comme l'affaire « Bananes » (Equateur c/ CE) en témoigne⁶⁶. Ensuite, les mesures de représailles doivent être équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages⁶⁷, pour lequel une procédure d'arbitrage est prévue. D'ailleurs, un arbitrage dans l'affaire *Etats-Unis – article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur (WT/DS160/ARB25/1)* démontre que le montant des dommages subis pourrait être assez modeste, surtout au regard de la nature incitative des mesures de représailles.⁶⁸ Enfin, l'ADPIC et le Mémoire d'accord demandent une certaine modération des pays développés à l'égard des PMA à propos de l'application des mesures de représailles⁶⁹. Aussi, l'article 41.5 de l'accord ADPIC constitue une restriction importante aux effets des mesures de représailles en supprimant les exigences excessives d'efforts pour la protection des DPI⁷⁰, ce qui était néanmoins le cas avec la Section *Special 301*. Par exemple, pendant les 3 négociations sino-américaines sur la protection des DPI dans les années 1990, le gouvernement chinois a spécialement fait d'énormes efforts pour lutter contre les actions portant atteinte aux DPI. Il a largement mobilisé les policiers, les fonctionnaires, les procureurs, les juges et les journalistes à cette fin. De même, des tribunaux spéciaux et les divers comités de direction pour la protection des DPI ont été établis au sein du gouvernement central et des gouvernements locaux, sous la direction du Premier Ministre et des Maires. L'article 41.5 n'exige ni un système judiciaire distinct, ni une ressource spéciale pour la protection des DPI, et enfin n'affecte pas la capacité des Membres de faire appliquer leur

⁶⁴ L'article 22.3 a), b) et c) du Mémoire d'accord.

⁶⁵ L'article 22.3 f) du Mémoire d'accord.

⁶⁶ L'affaire *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et la distribution des banane (WT/DS27/ARB/ECU)*.

⁶⁷ Article 22.4 du Mémoire d'accord.

⁶⁸ Voir H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends au sein de l'OMC », *JDI*, 2002, n°3, p.875-876.

⁶⁹ Article 24 du Mémoire d'accord.

⁷⁰ L'article 41.5 de l'ADPIC dispose : « *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* ».

législation en général. Ainsi, les plaignants devant l'ORD n'auront pas le droit de demander la mise en œuvre des mesures exemptées par l'article 41.5 de l'accord ADPIC⁷¹.

Malgré tout, si les efforts des administrations et des tribunaux d'un PED sont acceptés par le Membre plaignant, l'affaire pourrait se terminer par un compromis entre les parties au différend. Mais dans la mesure où le plaignant n'a pas pu réellement provoquer le changement de l'état de protection des DPI dans le PED concerné⁷², on peut s'interroger sur la valeur et l'utilité de la procédure invoquée par le plaignant devant l'ORD⁷³ et sur l'existence des solutions alternatives.

B. Un problème systémique et une solution à long terme

Les effets limités des contre-mesures du mécanisme de règlement des différends trouvent leur origine dans la spécificité de l'ADPIC par rapport aux autres accords de l'OMC. Comme nous l'avons évoqué précédemment, la spécificité de cet accord tient à la nature des DPI, qui sont de droit privé et dont la protection nécessite des efforts dans de multiples domaines. Par conséquent, cela pose des problèmes systémiques dans les PED, qui ne peuvent pas être résolus par le recours au mécanisme de règlement des différends, même à travers les contre-mesures. Bien que la pratique au titre de la Section *Special 301* et les affaires antérieures devant l'ORD aient pu changer les législations nationales des PED, la protection des DPI nécessite l'application réelle de ces législations⁷⁴, ce qui ne peut pas être réalisé par les mesures de contrainte.

D'abord, la protection d'un droit privé nécessite plus le respect automatique des lois par les individus que les sanctions par les administrations ou les tribunaux. C'est même un principe qui vaut pour l'application générale de la loi. Le respect par les individus des DPI dépend d'éléments complexes, parmi lesquels la reconnaissance sociale joue un rôle important. Sa promotion a besoin d'efforts à long terme, y compris une action pédagogique du gouvernement⁷⁵. A cet égard, la sanction infligée par des pays développés ne produit pas d'effet positif sur la mentalité du peuple des PED. Bien au contraire, elle provoque une attitude hostile au sein de la société, qui aurait l'impression que la protection des DPI est dans le seul intérêt des pays développés. Comme on a constaté, « *Les sanctions commerciales ont changé les lois, mais pas la*

⁷¹ Ainsi, on a tout à fait raison de constater que l'ADPIC et le Mémoire d'accord ont bien limité et régularisé la pratique américaine de la Section *Special 301* dans un cadre multilatéral. Voir aussi Wilfred F. Ethier, "Intellectual Property Rights and Dispute Settlement in the World Trade Organization", *JIEL*, p.449-457.

⁷² Ce qui est néanmoins le cas avec la politique actuelle des Etats-Unis de *Special 301* à l'égard de la Chine, où ils se contentent d'entendre les actions des autorités chinoises et procèdent à leur surveillance. Voir le 2004 Special 301 rapport (http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_Special_301/as_set_upload_file16_5995.pdf), p.1.

⁷³ Article 3.7 du Mémoire d'accord demander aux Membres de juger l'utilité d'une procédure avant de déposer un recours.

⁷⁴ Voir Inti Linkletter Knapp, Op. cit. p.173-210.

⁷⁵ Ainsi, un juge de la Cour Suprême du Costa Rica a dit qu'il faut apprendre au peuple de respecter les lois de propriété intellectuelle comme ce qu'il faut le faire à l'égard des lois de taxe. Voir Inti Linkletter Knapp, Op. cit. p. 205.

mentalité »⁷⁶. Cette ignorance de l'acceptation culturelle des DPI dans les sociétés des PED pose des obstacles à long terme pour l'application des lois en matière de propriété intellectuelle.

Ensuite, la protection des DPI connaîtrait particulièrement des difficultés dans les PED où l'Etat de droit est peu satisfaisant. En fait, pour un bon nombre de PED, c'est simplement l'observation de la règle de droit en général qui pose de problème⁷⁷, sans que la mise à mal de la règle concerne plus spécialement les DPI. Ainsi, on constate que l'amélioration de l'application de lois et règlements en matière de propriété intellectuelle ne surviendra qu'à condition que l'Etat de droit soit consolidé. C'est en fait reconnu par l'ADPIC puisque l'article 41.5 dispose que cet accord n'affecte pas la capacité d'un Membre de faire respecter sa législation en général. Par contre, les périodes de transition pour les PED et les PMAs pour la mise en oeuvre de l'ADPIC sont loin d'être suffisantes au regard de la situation de l'Etat de droit de ces pays. En outre, l'impatience des pays développés a même nui au développement de l'Etat de droit dans les PED. Par exemple, pour arriver à imposer une législation des brevets à l'Argentine, les Etats-Unis n'ont pas hésité à forcer le président argentin de « corriger » la loi des brevets issue du Congrès argentin⁷⁸. Cela démontre manifestement l'égoïsme de certain pays, qui font prévaloir leurs intérêts au détriment des autres⁷⁹. Cependant, il est incontestable que les pays développés devraient encore rester patients devant le développement de l'Etat de droit des PED, ni la sanction au titre de la Section *Special 301* ni celle du mécanisme de règlement des différends ne peut changer la situation au fond d'une façon « efficace ».

Enfin, le niveau de développement économique dans les PED constitue un contexte défavorable pour la protection des DPI. Ceux-ci sont de droit privé, mais ils représentent aussi les intérêts économiques de plus en plus importants. C'est pourquoi leur protection a attiré beaucoup d'attention de la part des pays développés. En même temps, le caractère incorporel de ces droits leur donne une certaine fragilité. En effet, il est facile pour toute personne de contrefaire ou de pirater un objet protégé sans le consentement des titulaires des droits⁸⁰. En outre, dans de nombreux domaines, le piratage ou la contrefaçon ne nécessite pas une forte capacité technique, par exemple, le cas du droit d'auteur⁸¹. Ainsi, les gens de revenu modeste pourraient bien courir le risque de pirater des films, des logiciels informatiques en considérant les sanctions comme un prix acceptable par rapport à l'amélioration de leur niveau de vie. Du côté des consommateurs dans les PED, le prix élevé des logiciels couverts par le droit d'auteur a limité leur accès aux nouvelles technologies et ils sont prêts à accepter les logiciels piratés. Au niveau gouvernemental, la volonté de faire développer l'économie de la société et d'améliorer la vie du peuple justifie une attitude plus au moins tolérante à l'égard du piratage ou de la contrefaçon.

⁷⁶ Voir Inti Linkletter Knapp, Op. cit. p.207-208.

⁷⁷ P-M, Martin, *Les échecs du droit international, Que-sais-je ?*, PUF, 1996, p.

⁷⁸ Voir Wendy S. Vicente, Op. cit. p.1115 et 1128.

⁷⁹ Cette tendance existe même jusqu'à l'époque de l'ADPIC, où on ne protège les DPI que pour l'intérêt des titulaires à la méconnaissance de l'objectif de développement consacré par l'ADPIC et de l'amélioration du niveau de vie au titre de l'accord établissant l'OMC. Voir Krista Nadakavukaren Schefer, "Comments on the Papers Presented by Andrean Otten and Jerome H. Reichman", in *Intellectual Property : Trade, Competition and Sustainable Development*, ed. By Thomas Cottier and Peros C. Mavroidis, 2004, p.141-144; Frédérick, M. Abbott, Op. cit. note 15, p.497-521.

⁸⁰ Bankole Sodipo, *Piracy and Counterfeiting: GATT, TRIPS and Developing Countries*, Kluwer Law International, 1997, p.142-143.

⁸¹ Voir Inti Linkletter Knapp, Op. cit. p.193-194.

Cela dit, la protection des DPI est un problème systémique dans les PED et il faut trouver une solution systémique à long terme au lieu de le traiter avec une méthode simplifiée telle que la sanction commerciale. Cette solution devrait permettre à la fois de renforcer la protection des DPI et de promouvoir le développement scientifique et économique des PED⁸². La valeur sociale des DPI sera reconnue, si les PED peuvent aussi bénéficier du développement de la science et de la technologie. Le respect des DPI fera partie de la morale de la société comme le respect des autres droits de propriété⁸³.

M. Krista Nadakavukaren Schefer nous rappelle que l'objectif de l'OMC est d'améliorer le niveau de vie en poursuivant le développement durable, et l'ADPIC n'est qu'un outil pour atteindre cet objectif. Il faudrait néanmoins se demander si cet outil contribue réellement à la réalisation de cet objectif⁸⁴. Il nous semble que la mise en oeuvre de l'ADPIC n'a jusqu'ici servi que les intérêts des pays développés et des titulaires des DPI et les PED manquent toujours d'un accès à la technologie et au progrès scientifique⁸⁵. Nous accueillons favorablement les propositions des Professeurs David Lange et Professeur J. H. Reichman à propos de la coopération entre les entreprises des pays développés et les PED par la voie non gouvernementale⁸⁶. A l'instar de certaines voix qui ont reconnu que la protection des DPI est aussi dans l'intérêt des PED, nous voulons souligner qu'il faut des efforts concrets pour promouvoir les transferts de technologie et les investissements y afférant pour que ledit intérêt puisse voir le jour. Ainsi, les pays développés auront moins de difficultés de faire respecter leurs DPI dans les PED quand ils se rendront compte que le développement des PED est aussi dans leur intérêt. On ne peut que se féliciter que la Déclaration de Doha aille dans ce sens en demandant aux pays développés de concrétiser les incitations offertes à leurs entreprises pour le transfert de technologie, conformément à leurs engagements au titre de l'article 66:2 de l'ADPIC⁸⁷. Cependant, la mise en oeuvre de cette déclaration dépend toujours de la motivation et des efforts des pays développés.

Conclusion

Le rapport annuel de la Section *Special 301* de l'USTR démontre l'insatisfaction des Etats-Unis à l'égard de la protection des DPI dans les PED⁸⁸. Les rapports récents ont montré que l'USTR tient beaucoup à la mise en oeuvre de lois et règlements dans le cadre de l'ADPIC puisque les législations de ces pays ont généralement été modifiées conformément à l'ADPIC après la période de transition. Malgré cette inquiétude de la part des pays développés, ils n'ont cependant

⁸² Ce qui est un principe consacré dans l'ADPIC. Il est de ce point de vue non seulement dans l'intérêt des PED, mais aussi dans l'intérêt des pays développés.

⁸³ Voir Inti Linkletter Knapp, Op. cit. p.206.

⁸⁴ Voir Krista Nadakavukaren Schefer, comments on the papers presented by Andrian Otten and Jerome H. Reichman, intellectual property : trade, competition and sustainable development, ed. By Thomas Cottier and Peros C. Mavroidis, 2004, p.141-144; Frédérick, M. Abbott, Op. cit. note 15, p.497-521.

⁸⁵ Krista Nadakavukaren Schefer, Op. cit.

⁸⁶ J.H. Reichman, Op. cit. note 4, p.355-356; Jerome H. Reichman, "Securing Compliance with the TRIPS Agreement After US v. India", 1 J. Int'l Econ. L. 585 (1998).

⁸⁷ Article 11.2 de la « Décision sur les questions et les préoccupations liées à la mise en oeuvre » (WT/MIN(01)/17) du 14 novembre 2001.

⁸⁸ Voir le site officiel de USTR www.ustr.gov.

pas porté plainte devant l'ORD contre les PED à propos de l'application du droit en matière de DPI. Cette absence de plaintes en la matière illustre une certaine conscience de l'inefficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC à cet égard. Cette inefficacité sur le plan théorique du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC fait écho à l'inefficacité sur le plan empirique de la pratique au titre de la Section *Special 301*.

Les pays développés peuvent arriver à imposer une législation aux PED, ils ne peuvent cependant pas imposer sa mise en oeuvre. Comme le dit le fameux proverbe, « Tu peux amener un cheval au bord de la rivière, tu ne peux néanmoins pas le faire boire ». La raison nous semble évidente en espèce : l'élaboration d'une loi suppose une action des autorités étatiques, qui pourrait être faite comme un choix diplomatique sous des contraintes ; l'application de la loi dans une société dépend des éléments juridique, économique, culturel, moral, etc., qui ne peut pas être obtenue sous l'effet d'une contraintes de quelque sorte que ce soit. Cela nous invite à réfléchir sur l'applicabilité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC à la mise en œuvre de l'ADPIC. La protection des DPI dans les PED met en lumière des problèmes systémiques dont le traitement nécessite une approche globale.

Coordonnées :

Shujie FENG

Adresse postale : 10 Place de Vénétie (chez Mme.Yuan), 75013 Paris, France

Téléphone fixe : 00 33 (0)1 45 84 11 08

Téléphone mobile : 00 33 (0)6 79 44 52 99

Email : shujiefeng@hotmail.com