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

Page

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

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

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

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

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

COMMUNICATIONS DES ÉTATS-UNIS

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

ANNEXE B

COMMUNICATIONS DE LA CHINE

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
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

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
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

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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Essence	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, adopté le 20 mai 1996, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS2/AB/R
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement	Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154
États-Unis – Jeux	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005
États-Unis – Réduction à zéro (Japon)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, WT/DS322/AB/R, adopté le 23 janvier 2007
États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion	Rapport de l'Organe d'appel *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*, WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
États-Unis – Tabac	Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, DS44/R, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/1/145
Inde – Brevets (États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
Japon – Boissons alcooliques II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1er 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 1er 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.[1] 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.[2] 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.

[1] WT/DS362/1.
[2] 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 1er 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 1331ème session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême le 2 novembre 2004 et à la 28ème session de la 10ème 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 1422ème session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême et à la 75ème session de la 10ème 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 30ème 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 1er 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 1er 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 15ème 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 24ème session du Comité permanent de la neuvième Assemblée populaire nationale le 27 octobre 2001), en particulier son article 4[3],

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 1er à 7);

(MAT-3) Interprétation judiciaire de 2004 (articles 1er à 17);

(MAT-4) Interprétation judiciaire de 1998 (article 17, paragraphe 2);

[3] 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 1er, 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).[4] 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).[5]

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

A. ÉTATS-UNIS

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

[4] La lettre du Groupe spécial est jointe en tant qu'annexe D-2 au présent rapport.
[5] 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).[6]

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.

[6] 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 officieuse. 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."[7]

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 1er à 21 de la Convention de Berne".[8]

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.[9] Le Groupe spécial rappelle également que, aux termes de l'article 6:2 du Mémorandum 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.

---

[7] Traduction mutuellement convenue n° 11, pour ce qui est de la version anglaise.

[8] Observations des États-Unis sur le projet de partie descriptive du rapport, en date du 4 septembre 2008.

[9] 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.[10]

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".[11] 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 2*bis* de la Convention de Berne (1971) à l'appui de cet argument.[12] 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.[13]

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)

[10] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.37 à 7.43.

[11] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 210 à 214.

[12] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 215 et 216.

[13] 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 Mémorandum 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.[14] 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[15] 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.[16] 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).

[14] 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.

[15] 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*").

[16] 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.[17] L'article 17 de la Convention de Berne (1971) soumet au pouvoir souverain des États tous les droits accordés par ailleurs par cette convention.[18]

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.[19]

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.[20]

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.[21]

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

[17] 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.

[18] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 255 à 263.

[19] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 79.

[20] Première déclaration orale de la Chine, paragraphes 81 à 86.

[21] 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.[22]

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.[23] 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.[24]

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.[25] 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.[26]

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.[27]

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

[22] Réponse de la Chine à la question n° 44, réitérée dans la communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 281.

[23] Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphes 184 à 194.

[24] Communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, paragraphe 221.

[25] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 225 et 226, 266 à 269, 276 et 277, et 281.

[26] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 286 à 306.

[27] 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.[28]

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.[29]

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).[30]

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.[31] 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.[32] 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.[33]

[28] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 22 et 23; déclaration orale du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 15.

[29] Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 22 à 27; déclaration orale des Communautés européennes, paragraphe 21.

[30] Communication écrite du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphes 33 à 40.

[31] 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.

[32] 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.

[33] 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.[34]

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.[35] 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.[36]

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.[37] Le Canada et les Communautés européennes, en tant que tierces parties, ont été du même avis.[38] L'Argentine a considéré que le texte de l'article 4 était tout à fait clair.[39]

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".[40]

7.33 Les États-Unis ont écarté l'explication de la Chine, la considérant comme une "distinction artificielle".[41]

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."[42]

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

[34] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 196.
[35] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 8.
[36] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 229 et 243.
[37] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 79.
[38] 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.
[39] Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphe 82.
[40] Réponse de la Chine à la question n° 44; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 280 et 281.
[41] Deuxième déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 25.
[42] 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."[43]

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.[44]

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 crées 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.[45]

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).[46]

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".[47] 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.)

---

[43] Traduction mutuellement convenue n° 11, pour ce qui est de la version anglaise.

[44] 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.

[45] 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).

[46] Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

[47] 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.[48] La Chine a admis qu'il englobait tous les droits énoncés à l'article 10.[49]

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*".[50] 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.[51] 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.[52] 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

[48] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 217 et 218.

[49] Réponse de la Chine à la question n° 89.

[50] Le titre du livre sur lequel portait le litige commence par les mots "Inside Story" ("Les dessous de …").

[51] 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.

[52] 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."[53]

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 …"[54]
>
> "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".[55]
>
> "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 …"[56]

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

[53] Pièce US-60.
[54] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 229.
[55] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243.
[56] 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 ..."[57]

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 illégale 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."[58]

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."[59]

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."[60]

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."[61] (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.[62]

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

---

[57] 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.

[58] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 243.

[59] Première déclaration orale de la Chine, paragraphe 83.

[60] Réponse de la Chine à la question n° 44.

[61] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 261.

[62] 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."[63]

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.[64] Comme il a été indiqué plus haut, les États-Unis jugent cette distinction artificielle.[65]

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".[66] 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.[67]

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*

---

[63] 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.

[64] Réponse de la Chine à la question n° 92.

[65] Deuxième déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 25.

[66] Réponse de la Chine à la question n° 88.

[67] 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".[68] 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.[69] 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.[70] 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

---

[68] Réponses de la Chine aux questions n° 88 et 92.

[69] 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)

[70] 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.[71] Elle confirme expressément au contraire que l'article 4(1) est considéré comme une exception limitée au principe général de l'article 2.[72] 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.[73]

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.[74] 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.[75]

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,

---

[71] 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.

[72] Réponse de la Chine aux questions n° 45 et 89; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 280.

[73] 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.

[74] Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.

[75] 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".[76] 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)."[77]

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."[78]

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;

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

[77] 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.

[78] 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."[79]

7.80 La Chine a confirmé que les contenus relevant des catégories 1), 2) et 7) étaient "manifestement anticonstitutionnels".[80] 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[81] et à des dispositions telles que l'article 57 du Règlement sur les télécommunications[82] et l'article 364 de la Loi pénale.[83]

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.[84]

---

[79] Traduction mutuellement convenue n° 12, pour ce qui est de la version anglaise.

[80] 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.

[81] 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.

[82] 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.

[83] 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.

[84] 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.[85] 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.[86]

7.86 La Chine soutient que "le processus d'examen du contenu reste, sur le plan administratif, distinct du droit d'auteur".[87] 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'inclineraient" 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 "illégale". 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.[88]

7.87 Le Groupe spécial commencera par examiner les œuvres dont le contenu, dans son ensemble, n'a pas satisfait à l'examen.[89] 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".[90] 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.[91] La Chine protège la version approuvée mais reconnaît qu'elle ne protégera pas le contenu illégal supprimé.[92] 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

[85] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 246.

[86] Voir la réponse de la Chine à la question n° 52.

[87] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 242.

[88] 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.

[89] 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.

[90] Réponse de la Chine à la question n° 52.

[91] 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.

[92] 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."[93]

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.[94] 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."[95]

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.[96]

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

---

[93] Réponse de la Chine à la question n° 52.

[94] 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).

[95] 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.

[96] 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.[97] 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.[98] Ce sont le Règlement sur les télécommunications[99] et la Loi pénale.[100] 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.[101] La Chine affirme aussi que, normalement, le tribunal ou la NCAC demanderait l'avis des autorités compétentes pour procéder à l'examen.[102]

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".[103]

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.[104]

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

[97] Traduction mutuellement convenue n° 14, pour ce qui est de la version anglaise, dans laquelle le mot "发行" est traduit par "distribute" ("distribuer").
[98] Première communication écrite de la Chine, note de bas de page 261.
[99] Voir plus haut la note de bas de page 82.
[100] Voir plus haut la note de bas de page 83.
[101] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 249.
[102] Réponse de la Chine à la question n° 45.
[103] Pièce CHN-19.
[104] Réponse de la Chine à la question n° 52.

distribution non autorisées de manuels.[105] 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.[106] 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*.[107]

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.[108]

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.[109] 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.[110]

7.102 Le Groupe spécial note que la NCAC est un organe administratif compétent en vertu de la Loi sur le droit d'auteur[111] 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

[105] 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.

[106] 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.

[107] 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.

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

[109] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphes 85 et 86.

[110] Réponse de la Chine à la question n° 46.

[111] 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 6*bis* 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".[112] Ce sont premièrement les "droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux".[113] 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 6*bis*, 8, 9, 11, 11*bis*, 11*ter*, 12, 14, 14*bis* et 14*ter* prévoient tous de tels

[112] 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.

[113] 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.[114] 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).[115] 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.[116]

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.[117] Elle affirme que l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur respecte pleinement toutes les prescriptions de la Convention de Berne.[118]

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).[119]

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

---

[114] Cette énumération est sans préjudice d'autres droits de cette catégorie.

[115] 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.

[116] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 64 à 66.

[117] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 279.

[118] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 303.

[119] 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."[120], et
>
> "Les œuvres qui n'ont pas été examinées ne sont assurément pas "illégales"."[121]

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[122] et que l'article 17 est rédigé en termes très larges "qui ont pour effet de priver l'OMC de compétence dans ce domaine".[123]

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.[124]

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).[125]

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

---

[120] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 239.
[121] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 255.
[122] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 258 et 259.
[123] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 286 et 287.
[124] 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.
[125] 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.[126] La Chine et les États-Unis se sont tous deux référés aux actes des conférences diplomatiques de la Convention de Berne[127], à des ouvrages de doctrine[128] et (dans le cas de la Chine) au Guide OMPI de la Convention de Berne[129], 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[130] ou se référer à des actes inhérents à l'exercice de certains de ces droits.[131] Le mot "exposition" n'est même pas utilisé dans les dispositions énonçant les droits matériels accordés par la Convention.[132] 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

---

[126] 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.

[127] 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.

[128] 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.

[129] 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.

[130] 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 14*bis*(2) b) dans le membre de phrase "la représentation et l'exécution" (rendu par "performance" dans le texte anglais).

[131] 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.

[132] 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.[133] 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."[134]

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.

---

[133] Réponse de la Chine à la question n° 93.
[134] 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.[135] 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.[136]

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".[137] 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.[138] 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.[139]

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.[140] 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.

---

[135] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 280; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 319.

[136] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphe 273, et réponse de la Chine à la question n° 44.

[137] Réponse de la Chine à la question n° 51.

[138] Réponse de la Chine à la question n° 53; communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 285 et 324.

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

[140] 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.[141] 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.[142]

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. ..."[143]

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.[144] 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

[141] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 227 à 229.
[142] Communication présentée à titre de réfutation par la Chine, paragraphes 266 à 268.
[143] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 168.
[144] 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.[145]

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.[146] 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.[147]

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.[148]

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).[149]

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.[150]

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.[151]

---

[145] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 220 et 221.
[146] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 235.
[147] Réponse de la Chine à la question n° 44.
[148] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 211 à 214.
[149] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 261 à 264.
[150] Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 34.
[151] 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.[152]

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.[153]

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

[152] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 24.
[153] 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.[154] (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".[155]

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.[156]

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.[157]

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.[158]

[154] 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.
[155] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 231.
[156] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 282 et 290.
[157] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 25.
[158] 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).[159]

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.[160]

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.[161] 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.[162]

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.[163]

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.

[159] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 283.
[160] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 216 à 218.
[161] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 309 à 311.
[162] Réponse de la Chine à la question n° 94.
[163] 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".[164] 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 1er 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

[164] 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.[165]

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".[166] 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."[167]

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[aient] 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.[168] 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

---

[165] 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.

[166] Voir plus haut la note de bas de page 164.

[167] Réponse de la Chine à la question n° 45.

[168] 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.[169] 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".[170] 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.[171]

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.[172]

---

[169] 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.

[170] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 311; réponses de la Chine aux questions n° 52 et 94.

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

[172] 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.[173]

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.[174]

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.[175]

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

[173] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 283.
[174] Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 27.
[175] 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).[176] 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.[177]

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.[178]

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

[176] *Ibid.*
[177] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 291.
[178] 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."[179]

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.[180] 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[181] les marchandises aux organismes d'aide sociale compétents[182] pour qu'elles soient utilisées à des fins d'aide sociale[183] 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[184] 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

---

[179] Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.

[180] Mesures de mise en œuvre, article premier.

[181] 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.

[182] 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.

[183] 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.

[184] 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."[185]

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."[186]

7.196 Il n'est pas contesté que ces trois mesures sont toutes contraignantes pour l'Administration générale des douanes.[187] 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.[188] 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

[185] Traduction mutuellement convenue n° 7, pour ce qui est de la version anglaise.
[186] Traduction mutuellement convenue n° 8, pour ce qui est de la version anglaise.
[187] 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.
[188] 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.[189]

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.[190] L'article 59 doit être rapproché de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC.[191] 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.[192] 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.[193]

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.[194] 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.[195] 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.[196]

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.[197] 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

[189] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 179 à 192.
[190] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 182.
[191] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 185.
[192] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 194.
[193] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 196.
[194] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 128; réponse des États-Unis à la question n° 38.
[195] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 129.
[196] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 131.
[197] 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.[198]

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".[199]

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.[200] 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.[201] 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.[202]

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.[203]

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.[204]

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.

---

[198] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 181 à 188.

[199] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 190; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 169.

[200] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 222 à 225.

[201] Première déclaration orale de la Chine, paragraphes 72 à 77; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 210 à 215.

[202] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 206 à 209, et note de bas de page 161.

[203] Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 50 et 70.

[204] 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.[205]

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.[206]

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.[207]

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".[208]

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.[209] 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

[205] Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 43 à 52.
[206] Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 45 et 52.
[207] 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.
[208] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 20 et 21.
[209] 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.[210]

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.[211]

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.[212]

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

[210] Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 15 à 20.

[211] Communication écrite des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 17 et 19.

[212] 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".[213] 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.[214] Toutefois, elle n'en comporte pas.

[213] 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.

[214] 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.[215]

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.[216]

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.[217]

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.[218]

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.

[215] Le texte même de l'article 59 confirme ce point. Il est question dans la deuxième phrase de la "*ré*exportation" 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.

[216] Voir plus haut les paragraphes 7.194 et 7.195.

[217] La présente constatation ne concerne que les importations, conformément à ce qui est dit plus bas au paragraphe 7.231.

[218] 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.[219]

7.229 L'allégation des États-Unis porte sur les "marchandises portant atteinte à un droit"[220]; elle indique expressément que les mesures en cause s'appliquent aux importations et aux exportations.[221] 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.[222]

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.[223]

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).[224] 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.[225] 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.

---

[219] 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.

[220] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171, deuxième phrase, dans laquelle il est question des importations "en particulier".

[221] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 58, note de bas de page 45; paragraphe 179, note de bas de page 117.

[222] Réponse des États-Unis à la question n° 28.

[223] Deuxième déclaration orale de la Chine, paragraphes 46 et 47.

[224] 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.

[225] 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".[226]

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).[227] L'obligation consiste à "être" habilitée, non pas à "faire usage" de cette habilitation.[228] 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.[229] 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 prévoiront" 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.[230]

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.

---

[226] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 55; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 131.

[227] *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

[228] Cela est sans préjudice des autres obligations en matière d'exécution.

[229] 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.

[230] 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.[231] 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.[232] 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.[233]

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 doive 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.[234] 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

---

[231] 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.

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

[233] 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.

[234] 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*, 2ème 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.[235] 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".[236]

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".[237] 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.[238] Les États-Unis ont également abordé cette question.[239]

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

---

[235] 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)

[236] 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.

[237] Réponse des Communautés européennes à la question n° 16 posée aux tierces parties.

[238] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 214.

[239] 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.[240] 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.[241]

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.[242] 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.

---

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

[241] 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.

[242] 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.[243] 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.[244] 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.[245] 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.[246]

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

---

[243] 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.

[244] 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.

[245] Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 59; réponse des États-Unis à la question n° 81.

[246] 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.[247] 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.[248] 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.[249]

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.[250] 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.[251] 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

---

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

[248] Voir aussi plus loin le paragraphe 7.358.

[249] 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?"

[250] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 184, 189 et 191.

[251] 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.[252]

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.[253] 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[254], 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"[255] 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

---

[252] 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.

[253] 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.

[254] Projet de texte révisé du Président daté du 13 novembre 1990, document n° 2814.

[255] 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 phase, 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).[256] 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.[257] 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

[256] *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

[257] 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"[258];

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.[259]

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.[260]

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

[258] Ce principe est interprété plus loin aux paragraphes 7.278 à 7.285.
[259] Ce principe est interprété plus loin aux paragraphes 7.369 à 7.379.
[260] 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.[261] 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.

[261] 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".[262] 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".[263] 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).[264] 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.[265] 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.

---

[262] Voir plus haut la note de bas de page 243.
[263] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 186.
[264] *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).
[265] 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.[266] 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

[266] 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.[267] 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.[268]

- 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.[269]

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.[270] 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.[271] 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 marchandies peuvent être dangereuses.

7.290 La Chine répond que les douanes ne donneraient jamais de marchandises dangereuses ou défectueuses.[272] 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

[267] Réponse des États-Unis à la question n° 72.
[268] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 187.
[269] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.
[270] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 50.
[271] Pièce US-45.
[272] 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."[273]

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 Mémorandum 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".[274]

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[275], 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.

---

[273] 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.

[274] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 150.

[275] 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.[276] 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[277], 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".[278]

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*."[279] (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.[280] 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").[281]

---

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

[277] Pièce CHN-91.

[278] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

[279] 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.

[280] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 165.

[281] 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.[282]

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.[283] 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 habilitent 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".[284] (pas d'italique dans l'original) Toutefois, le Groupe spécial rappelle que,

---

[282] 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 1er juillet 2004.

[283] 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.

[284] 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 aéroréfrigérés et des radiateurs à kérosène.[285] 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 Mémorandum 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.[286] 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 Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge.[287] 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 Mémorandum 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

[285] Pièce CHN-93.
[286] Voir les statistiques douanières plus haut dans la note de bas de page 219.
[287] 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.[288]

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.[289] 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[290], 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.[291] 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.[292] 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.[293]

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.[294] 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

[288] Observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 74.

[289] Voir plus haut le paragraphe 7.287.

[290] 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 1er septembre 1999.

[291] 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.

[292] La Chine a fourni une traduction en anglais des articles 12 et 18 de la loi au cours de la première réunion de fond.

[293] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 154.

[294] Document WT/DS362/7, reproduit à l'annexe D-1 du présent rapport.

pas que les marchandises resteraient en dehors des circuits commerciaux.[295] 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 Mémorandum 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*.[296] 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".[297] 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 ..."[298] 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".[299] 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".[300] 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.[301] 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:

---

[295] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 62.

[296] 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)

[297] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

[298] Réponse des États-Unis à la question n° 31.

[299] Réponse des États-Unis à la question n° 2 posée par la Chine.

[300] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 151 à 154.

[301] 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."[302]

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."[303]

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.[304]

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[305], 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.[306] En tant que partie qui avance ces assertions, la charge de prouver que celles-ci sont vraies incombe aux États-Unis.[307] 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.[308] La première disposition frappe de nullité l'intégralité d'un contrat.[309] 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 Mémorandum de coopération entre l'Administration des douanes et la Croix-Rouge. La troisième disposition instaure une surveillance et traite de certains

---

[302] Traduction mutuellement convenue n° 10, pour ce qui est de la version anglaise.

[303] *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.

[304] Voir aussi la réponse de la Chine à la question n° 74.

[305] Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 52; observations des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 74.

[306] 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'une Interprétation judiciaire de certaines questions relatives à l'application du Code des obligations.

[307] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16.

[308] Adopté et promulgué par l'Assemblée populaire nationale en 1999.

[309] 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.[310] 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."[311]

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.[312]

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.[313] 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.[314] 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.[315] 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

---

[310] L'article 127 du Code des obligations dispose que certaines autorités exerceront une surveillance et se chargeront de certains actes illicites.

[311] Pièce US-73.

[312] Voir aussi la réponse de la Chine à la question n° 74.

[313] 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.

[314] 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).

[315] 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.[316] 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.[317] 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.[318] 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

[316] 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.

[317] Voir plus haut le paragraphe 7.244.

[318] 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.[319] 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 légalement habilitées à ordonner le recours à l'un ou l'autre des quatre moyens de disposition.[320]

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."[321] (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

---

[319] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 191 et 194.
[320] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 158 et 159.
[321] Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.

marchandises". (pas d'italique dans l'original)[322] 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.[323] Le Groupe spécial ne tient pas pour établi que l'emploi du mot "shall" dans une traduction officieuse 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).[324] 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)[325], contrairement au

[322] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 182.
[323] Voir plus haut le paragraphe 7.328.
[324] Seule la version originale des mesures fait foi.
[325] 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.[326] 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.[327] 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.[328]

---

effectuée conformément aux règles applicables régissant ces activités (voir la réponse des États-Unis à la question n° 77).

[326] 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).

[327] 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).

[328] 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".[329] 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.[330]

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).

[329] 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).

[330] 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".[331] 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[332], et affirme que d'autres normes sont applicables, sans étayer ses dires.[333] 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.[334] 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.[335]

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 moindrement 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.

[331] Réponse des États-Unis à la question n° 77.

[332] 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).

[333] Réponse de la Chine à la question n° 82.

[334] Deuxième déclaration orale (déclaration finale) des États-Unis, paragraphe 22; réponse des États-Unis à la question n° 78.

[335] 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[336] 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).[337] 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**
Par expédition[338]					
Expéditions + importations	Vendues aux enchères	4	7	1	12
	Détruites	143	227	248	618
En termes de valeur					
Expéditions + importations	Vendues aux enchères	7,10%	3,54%	0,59%	3,70%
	Détruites	92,90%	96,46%	99,41%	96,30%
Importations seulement	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.

[336] Voir les statistiques douanières figurant plus haut dans la note de bas de page 219.
[337] Voir les statistiques douanières figurant plus haut dans la note de bas de page 219.
[338] 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.[339] 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.[340]

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.[341]

---

[339] 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".

[340] Réponse des États-Unis à la question n° 41.

[341] 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.[342] 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.[343] 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.[344] La Chine n'affirme pas que les douanes pourraient vendre aux enchères dans l'avenir des marchandises destinées à l'importation[345], 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 "privilégié" 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".[346]

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.

---

[342] Cela est sans préjudice des observations formulées plus haut par le Groupe spécial au paragraphe 7.244.

[343] La position est la même que pour la deuxième phrase de l'article 59.

[344] Voir plus haut les paragraphes 7.232 et 7.233.

[345] 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).

[346] 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.[347] La Chine considère que les douanes ne sont pas assujetties aux principes énoncés dans la quatrième phrase de l'article 46.[348] 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."[349] (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[350], 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:

---

[347] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 175 à 178.
[348] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 218 à 222.
[349] Traduction mutuellement convenue n° 6, pour ce qui est de la version anglaise.
[350] 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."[351]

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.[352] 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".[353]

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.[354] Cette procédure est établie par le dispositif du deuxième paragraphe de l'Avis au public n° 16/2007.[355] La Chine ne prétend pas que les douanes sont tenues de prendre en considération les observations éventuellement formulées par le détenteur du droit.[356]

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).[357] 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

---

[351] Traduction mutuellement convenue n° 8, pour ce qui est de la version anglaise.

[352] 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.

[353] Réponse de la Chine à la question n° 34.

[354] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 224.

[355] Voir plus haut le paragraphe 7.195.

[356] 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).

[357] *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.[358]

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.[359]

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".[360] 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

[358] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 195.
[359] Première déclaration orale de la Chine, paragraphe 77; première communication écrite de la Chine, paragraphes 170 et 171.
[360] 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.[361]

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.[362]

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".[363]

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

---

[361] 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.

[362] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 218.

[363] 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".[364]

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".[365]

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;).[366] 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.[367] 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

[364] Réponse des États-Unis à la question n° 86.
[365] Réponse de la Chine à la question n° 86.
[366] *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).
[367] 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."[368] (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[369] 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."[370] (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

[368] Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.
[369] Soit 6 250 dollars EU au taux de change moyen du marché (8,013 ¥/$EU pour 2004-2007).
[370] 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."[371]

7.402 L'article 17 de l'Interprétation judiciaire n° 30 [1998][372], 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."[373]

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[374] 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."[375] (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."[376]

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*

---

[371] Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

[372] 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.

[373] 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).

[374] Note de la traduction mutuellement convenue, pour ce qui est de la version anglaise: voir l'article 9 de l'Interprétation judiciaire de 2004.

[375] Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

[376] 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."[377] (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."[378] (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)[379], à l'article 3, s'entend d'une reproduction reprenant le dessin complet de la marque."[380]

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:

---

[377] Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.
[378] Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.
[379] Note de la traduction mutuellement convenue; dans ce contexte, pièce (件) est un "terme de métrologie" désignant une reproduction de marque.
[380] 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 [/][381] 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[382] d'une œuvre d'art portant la fausse signature d'une autre personne."[383] (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[384] 张 (份)[385] au total;

---

[381] 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.

[382] 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.

[383] Traduction mutuellement convenue n° 1, pour ce qui est de la version anglaise.

[384] 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."[386] (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)[387] [commet une infraction] dont les circonstances sont réputées constituer les "autres circonstances graves" visées à l'article 217 de la Loi pénale ..."[388]

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."[389]

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."[390] (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",

---

[385] 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.

[386] Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

[387] 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.

[388] Traduction mutuellement convenue n° 2, pour ce qui est de la version anglaise.

[389] Traduction mutuellement convenue n° 2, pour ce qui est de la version anglaise, et réponses respectives des parties à la question n° 3 a).

[390] 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."[391]

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.[392]

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."[393]

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:

---

[391] Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.

[392] 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.

[393] 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."[394]

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."[395]

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.[396]

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.[397]

7.423 La Chine indique que les interprétations judiciaires sont publiées "en vue de garantir la compréhension et l'application uniformes de la loi".[398] 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.[399] 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.[400]

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.[401]

---

[394] 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.

[395] 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.

[396] 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.

[397] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 24.

[398] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 22.

[399] Réponse de la Chine à la question n° 10, dans laquelle il est fait référence aux paragraphes 20 à 24 de cette communication.

[400] Réponse de la Chine à la question n° 55.

[401] 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.[402]

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."[403]

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.[404] 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[405] 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.[406]

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.[407] 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.

---

[402] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 100 à 102.
[403] Pièce CHN-1.
[404] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 121.
[405] 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).
[406] Voir la réponse de la Chine à la question n° 57.
[407] 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.[408]

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*.[409] 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.[410]

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.[411] 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."[412]

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."[413]

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

[408] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 35 à 37; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 36 à 41.
[409] Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 34.
[410] Réponse des États-Unis à la question n° 8.
[411] Les parties ne se sont pas référées à l'article 24 en ce qui concerne l'interruption d'un délit en cours d'exécution.
[412] Pièce CHN-1.
[413] 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 les cas d'atteinte délictueuse aux droits de propriété intellectuelle.[414]

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.[415] Le Mexique estime en outre qu'une activité à petite échelle est "clairement significative" en ceci qu'elle contribue à la chaîne des infractions.[416]

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.[417] 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.[418]

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.[419]

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:

[414] 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.

[415] Première communication écrite du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 17; déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphe 10.

[416] Déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, paragraphes 6 et 7.

[417] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 42 à 46.

[418] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 33.

[419] 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." [420]

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." [421]

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." [422]

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.[423] 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.[424] 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.[425]

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.

[420] Pièce CHN-1.
[421] Pièce CHN-1.
[422] Pièce CHN-1.
[423] Pièces CHN-4, CHN-6, CHN-9, CHN-12, CHN-13 et CHN-16.
[424] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 46.
[425] 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".[426]

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[427]). 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.[428]

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.[429] 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.[430]

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 1er 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 1er et 3 que chacune de ces circonstances a un caractère alternatif, étant donné que les articles 1er 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".

---

[426] Réponse des États-Unis à la question n° 59.
[427] Voir plus haut le paragraphe 7.402.
[428] Voir plus loin les paragraphes 7.659 et 7.660.
[429] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 33 et 34.
[430] 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.[431]

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.[432] La Chine répond que l'exécution forcée par la voie administrative permet de prévenir l'exécution du délit.[433]

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*.[434]

7.460 Le Groupe spécial note également que l'article 12(2) de l'Interprétation judiciaire n° 19 [2004] peut se traduire comme suit:

---

[431] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 30 à 32; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 26 et 27.

[432] Réponse des États-Unis à la question n° 2 a).

[433] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 28 et 29.

[434] 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."[435]

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.[436] 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.[437]

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.[438]

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][439], 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[440] ainsi que de marchandises saisies en différents endroits[441] 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.[442]

---

[435] Traduction mutuellement convenue n° 3, pour ce qui est de la version anglaise.
[436] Pièces CHN-4, CHN-13 et CHN-14.
[437] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 23 et 24.
[438] Réponse des États-Unis à la question n° 2 a).
[439] Reproduite plus haut au paragraphe 7.401.
[440] Pièces CHN-4, CHN-5 et CHN-6.
[441] Pièce CHN-7.
[442] 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.[443] 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.[444]

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][445], 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.[446] 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][447], 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.

[443] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 28.
[444] Réponse de la Chine à la question n° 2 c).
[445] Reproduite plus haut au paragraphe 7.401.
[446] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 23 et 24.
[447] 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".[448]

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.[449]

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.[450] 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

[448] Réponse des États-Unis à la question n° 9, dans laquelle est citée la pièce US-61.

[449] Réponse de la Chine aux questions n° 9 et 55; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 22.

[450] 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.[451]

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.[452]

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[453] 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.[454] 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.[455] 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

[451] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 39 à 43.
[452] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 116 à 119.
[453] Contrairement au Brésil dans sa communication écrite en tant que tierce partie, paragraphes 39 à 42.
[454] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.
[455] 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.[456]

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.[457] 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.[458] 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.[459] 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.[460] 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.[461]

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.[462] 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.[463]

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.[464] 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.[465] La Loi pénale traite aussi des aspects organisationnels du délit dans les dispositions relatives à la responsabilité du fait d'autrui.[466]

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

[456] Réponse des États-Unis à la question n° 60.
[457] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 64 et 117; première déclaration orale de la Chine, paragraphe 30.
[458] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 67 à 71; première déclaration orale de la Chine, paragraphes 26 et 27.
[459] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 90, 92 et 98 à 101.
[460] Deuxième communication écrite de la Chine, paragraphes 102 à 107.
[461] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 104 à 108 et 109 à 116; deuxième communication écrite de la Chine, paragraphes 116 à 134.
[462] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 143 à 150.
[463] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 38.
[464] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 35 à 37; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 32.
[465] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 141 et 139.
[466] 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.[467]

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.[468] 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.[469]

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.[470]

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.[471]

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

[467] Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 20 et 23.
[468] 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.
[469] 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.
[470] Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 35 à 38.
[471] 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.[472] Les Communautés européennes font valoir en outre qu'en disposant que les Membres "shall provide for criminal procedures and penalties" "to be applied" (prévoiront 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.[473]

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.[474]

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".[475]

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.[476]

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

[472] Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 10 et 14.
[473] 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.
[474] Communication écrite du Japon en tant que tierce partie, paragraphes 17 et 30; déclaration orale du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 13.
[475] 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.
[476] 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.[477]

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.[478]

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".[479] 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.[480] 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.[481]

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.[482] 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:

---

[477] Communication écrite du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphe 21; déclaration orale du Taipei chinois en tant que tierce partie, paragraphe 11.

[478] Déclaration orale de la Thaïlande en tant que tierce partie, paragraphe 3.

[479] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 116 et 143.

[480] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 112; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 74.

[481] Première déclaration orale des États-Unis, paragraphe 36; première déclaration orale des États-Unis (déclaration finale), paragraphe 16.

[482] 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.[483] 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.[484] 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.[485]

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 Mémorandum d'accord ni les règles coutumières d'interprétation des traités reflétées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne").[486] 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*.[487]

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.[488] 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 Mémorandum 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 Mémorandum d'accord au règlement des différends soumis au titre de l'Accord sur les ADPIC est confirmée par l'article 1:1 du Mémorandum d'accord, lu conjointement avec l'Appendice 1 de ce Mémorandum, qui mentionne l'Accord sur les ADPIC parmi les "accords visés". Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum 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

[483] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 49 à 59.
[484] Première déclaration orale de la Chine (déclaration finale), paragraphes 4 à 7.
[485] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 51 à 56.
[486] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 63 à 67.
[487] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 68.
[488] 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.[489] 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 Mémorandum 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.[490] 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.

---

[489] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 18, et *Japon – Boissons alcooliques II*, page 12.

[490] 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.[491]

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.[492]

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 Mémorandum 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:

---

[491] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 80 à 82.
[492] 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.[493]

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.

---

[493] 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 "prévoiront 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.[494]

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 APDIC 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.[495]

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

[494] Voir plus haut le paragraphe 7.223.

[495] 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[496] 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.[497] 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

[496] 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.

[497] 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.[498]

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.

[498] 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.[499] 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*"[500] (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:

---

[499] 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.

[500] *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)."[501]

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"[502] (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.[503] 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.[504]

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

---

[501] *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

[502] *Ibid.*

[503] 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".

[504] 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.[505]

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"[506], "à des fins de commerce/commerciales"[507], "exploitation commerciale"[508], "conditions et modalités commerciales"[509], "utilisation publique à des fins non commerciales"[510], "première exploitation commerciale"[511], "usages commerciaux honnêtes"[512], "valeur commerciale"[513], exploitation déloyale dans le commerce"[514], "sans caractère commercial"[515] et "intérêts commerciaux légitimes".[516]

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)[517] et dans les expressions "en matière industrielle ou commerciale" et "l'activité industrielle ou commerciale".[518] 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").[519] 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".[520]

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.[521]

---

[505] Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25, et *Japon – Boissons alcooliques II*, page 14.

[506] Articles 11 et 14:4 de l'Accord sur les ADPIC.

[507] Articles 26:1 et 36 de l'Accord sur les ADPIC.

[508] Article 27:2 de l'Accord sur les ADPIC.

[509] Article 31 b) de l'Accord sur les ADPIC.

[510] Article 31 b) et c) de l'Accord sur les ADPIC.

[511] Article 38:1 et 38:2 de l'Accord sur les ADPIC.

[512] Article 39:2 de l'Accord sur les ADPIC.

[513] Article 39:2 b) de l'Accord sur les ADPIC.

[514] Article 39:3 de l'Accord sur les ADPIC.

[515] Article 60 de l'Accord sur les ADPIC.

[516] Article 63:4 de l'Accord sur les ADPIC.

[517] Articles 3, 5C 3), 6*quinquies*A 2) et 7*bis* 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.

[518] Article 10*bis* de la Convention de Paris (1967).

[519] Articles II(9) a) iv) et IV(4) c) iii) de l'Annexe de la Convention de Berne (1971).

[520] Article 7(1) et (2) du Traité IPIC.

[521] 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.[522]

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.[523] 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).

[522] 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.

[523] 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".[524]

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.[525] 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.[526]

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)[527]; 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".[528] (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. (…)"[529]

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

---

[524] 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.

[525] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 5.

[526] Déclaration orale des Communautés européennes en tant que tierce partie, paragraphes 4 et 14.

[527] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 17.

[528] Déclaration orale finale des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 15.

[529] 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.[530] 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.[531] Le Mexique a parlé d'activités "significatives"[532]; la Corée a fait référence à des opérations commerciales menées "de façon plus ou moins systématique"[533], 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

[530] 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).

[531] Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 36.

[532] Déclaration orale du Mexique en tant que tierce partie, paragraphe 6.

[533] Communication écrite de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 27.

> qualitatif: à savoir ce qu'une personne raisonnable estimerait dans ces circonstances."[534]

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.[535] 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.[536]

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."[537]

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

---

[534] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 7.

[535] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 69 à 71.

[536] Réponse des États-Unis à la question n° 68.

[537] 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".[538] 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.[539]

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".[540] 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

---

[538] 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".

[539] 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.

[540] 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.[541]

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".[542]

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'expliciter 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.[543] 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.[544] 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".[545] 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.[546] 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.

---

[541] Pièces CHN-44, CHN-45, CHN-46 et CHN-47.

[542] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72; communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 76.

[543] 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.

[544] 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.

[545] Réponses respectives de l'Australie et du Mexique à la question n° 4 posée aux tierces parties.

[546] 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".[547] 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".[548] 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.[549] 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."[550]

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

[547] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 164.

[548] Communiqué de presse de Novovax et Dupont et dossiers déposés auprès de la US Securities et Exchange Commission pour Amylin Pharmaceuticals, Inc., Biocryst Pharmaceuticals, Inc., Cambridge Display Technology, Inc. et Verenium 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.

[549] 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.

[550] 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".[551]

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."[552]

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.[553] 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.[554]

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.

---

[551] 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.

[552] Observation des États-Unis sur la réponse de la Chine à la question n° 68.

[553] Ce manque de précision est souligné par le fait que des définitions spécifiques sont ajoutées dans les demandes de brevet.

[554] 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.[555]

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.[556] 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.[557]

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.[558]

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.[559]

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[560] et en août 1988[561], dans le contexte d'une discussion sur la

---

[555] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 104 à 108.

[556] 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.

[557] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 72 à 75 et 110.

[558] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 26 à 37.

[559] 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.

[560] Il avait été suggéré qu'à cet égard le Groupe de négociation tienne 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.[562] 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")[563] 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".[564]

7.588 Quoi qu'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 APDIC 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 APDIC 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.

[561] 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.

[562] Voir le document du GATT MTN.GNG/NG11/W/5/Add.6.

[563] Document du GATT MTN.GNG/NG11/W/31.

[564] 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.[565] 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.[566]

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.[567]

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[568] 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

---

[565] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 98 à 101.

[566] 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.

[567] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 47 et 48.

[568] L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC est cité plus haut au paragraphe 7.170.

échelle.[569] 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".[570] 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.[571] 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.[572] 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'acquitte 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

[569] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 108 à 110.
[570] 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].
[571] Réponse de la Chine à la question n° 14.
[572] 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.[573]

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.[574] 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."[575] (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.[576] Cette approche parait 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.

---

[573] 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.

[574] 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.

[575] *Ibid.*, paragraphe 6.189.

[576] 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.[577]

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.[578] 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.[579] 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

[577] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 10.

[578] 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.

[579] 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).[580]

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.[581]

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.[582] 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.[583] 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.[584]

7.616 Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés à l'appui de cette affirmation.[585] 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[586]; 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[587]; et une citation d'un article du *Time Magazine* intitulé "*In China, There's Priceless, and for*

[580] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 133 à 137.
[581] Question n° 16.
[582] Réponse des États-Unis à la question n° 16.
[583] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 104.
[584] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 106 et 107.
[585] Ces éléments de preuve ont été soumis dans la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 122.
[586] Pièce US-28.
[587] 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.[588]

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.[589] 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.[590] 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.[591]

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.[592] 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).[593]

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[594]) 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.[595]

---

[588] Pièce US-30. Un article du London *Daily Telegraph* est également fourni dans la pièce US-31.

[589] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 108, faisant référence à la pièce CDA-1.

[590] Comme il est noté dans la communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 142.

[591] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphe 149.

[592] Deuxième déclaration orale des États-Unis, paragraphe 28, précisant les paragraphes 9 à 10 de leur communication présentée à titre de réfutation.

[593] 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.

[594] 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.[596]

7.624 La Chine a fourni des statistiques officielles tirées de son Recensement économique.[597] 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.[598]

---

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 étayent 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.

[595] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 157; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphes 93 à 97.

[596] 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.

[597] *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.

[598] 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.[599]

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".[600] 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".[601]

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*".[602] 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

[599] *Ibid*.
[600] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 45.
[601] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 98 et note de bas de page 102.
[602] Pièces US-24, US-30, US-31, US-33, US-34, US-37.

simplement pour démontrer l'existence de certaines marchandises en Chine[603]; 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[604] et l'autre cite une "personne bien informée" qui donne des prix maximaux et minimaux pour une gamme de produits piratés et authentiques".[605] Enfin, ce qui est présenté comme un autre "rapport récent paru dans la presse" n'est attribué à aucune source.[606]

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.[607]

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[608] (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.[609] 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.[610]

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*:

---

[603] 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.

[604] Pièce US-38.

[605] Pièce US-32.

[606] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 136, dans lequel est indiqué le prix d'un DVD *Spider Man 3*.

[607] 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.

[608] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 200, dans lequel est citée la pièce US-49.

[609] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 146 et 153, dans lesquels est citée la pièce US-36.

[610] 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."[611]

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.[612] 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.[613]

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".[614] 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][615] et à l'utilisation du terme 张 (份) dans l'un des seuils[616], mais ils ne le précisent pas. On ne voit pas non plus très bien quel est le rapport avec les "gains illicites".[617] 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.[618] 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

---

[611] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140. (notes de bas de page omises)

[612] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 113 et 143 à 147.

[613] Voir plus haut le paragraphe 7.496.

[614] 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.

[615] Voir plus haut le paragraphe 7.401.

[616] Voir plus haut le paragraphe 7.411.

[617] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 143, cf. paragraphe 144.

[618] 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 1er 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."[619]

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.[620] 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.[621]

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.[622] Ce jugement montre que le tribunal a tenu compte à la fois des produits de contrefaçon

---

[619] Réponse des États-Unis à la question n° 8.

[620] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 91.

[621] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 146, dans lequel sont citées des données de Nintendo contenues dans la pièce US-36.

[622] 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.[623] 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.[624]

7.644 Les États-Unis rejettent ce jugement, faisant valoir que le raisonnement est confus et l'affaire "atypique".[625] 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[626], 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.[627]

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.[628] De fait, un des tribunaux a expliqué la raison pour

---

[623] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 92.

[624] Pièce CHN-15, à laquelle la Chine a fait référence dans sa communication présentée à titre de réfutation, paragraphe 32.

[625] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 92.

[626] 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.

[627] Communication présentée par la Chine à titre de réfutation, paragraphes 39 à 41, faisant référence aux pièces CHN-12, CHN-14 et CHN-175.

[628] 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.[629]

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.[630]

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.[631]

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 "prévoiront [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.

---

[629] Pièce CHN-175.
[630] Communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 85.
[631] 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.[632] 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.[633]

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.[634] 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.[635]

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.[636] 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.[637] 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.[638]

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

[632] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 143 et 148 à 149; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112.

[633] Voir plus haut le paragraphe 7.496.

[634] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 149; communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 112.

[635] Les États-Unis se réfèrent à un article du *China Daily* reproduit dans la pièce US-39.

[636] Voir plus haut la note de bas de page 387.

[637] 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.

[638] 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.[639] 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.[640] 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*".[641] 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" couvrait 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."[642]

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".[643] 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

---

[639] 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.

[640] 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.

[641] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 148, dans lequel il est fait référence à la pièce US-37.

[642] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.

[643] 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.[644]

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".[645] 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".[646] Ils ont donné l'exemple de "la fabrication de prototypes pour tester le matériel de production du contrevenant"[647] 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.[648] 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

[644] Réponse des États-Unis à la question n° 67.

[645] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 113; voir aussi la communication présentée par les États-Unis à titre de réfutation, paragraphe 38.

[646] 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.

[647] Réponse des États-Unis à la question n° 62.

[648] 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[649], 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'agréger 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.[650]

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.[651]

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

[649] Voir les dispositions finales de l'Accord sur l'OMC.
[650] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 164 à 166.
[651] 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.[652]

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.[653]

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.[654]

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.[655]

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.[656]

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

[652] Communication écrite de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 25.
[653] Communication écrite du Brésil en tant que tierce partie, paragraphes 39 à 42.
[654] Communication écrite du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 12.
[655] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 167 à 169.
[656] 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.[657]

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.[658]

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

[657] Communication écrite de l'Argentine en tant que tierce partie, paragraphes 30 à 37.
[658] 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 Mémorandum 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 Mémorandum 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.

ANNEXE A

COMMUNICATIONS DES ÉTATS-UNIS

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

ANNEXE A–1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

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

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

II. CONTEXTE FACTUEL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Les seuils fixés par la Loi pénale de la Chine et les interprétations judiciaires de décembre 2004 et avril 2007 (dénommés collectivement "seuils d'infraction pénale") ne respectent pas la norme minimale de l'Accord sur les ADPIC parce qu'ils empêchent l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales en ce qui concerne de nombreux actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Par conséquent, les mesures de la Chine sont incompatibles avec la première et la deuxième phrase de l'article 61 et l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

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

14. La première phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". Dans ce contexte, "prévoir" a le sens de "prendre des mesures appropriées en vue d'un événement possible; se préparer de manière adéquate". Le membre de phrase "[l]es Membres prévoiront …" signifie donc que les Membres ont l'obligation d'inclure dans leur législation des procédures et des sanctions pénales qui s'appliquent pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46. Du fait des seuils d'infraction pénale, la Chine ne "prévoit" pas de procédures pénales ni de peines applicables pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale, comme le requiert la première phrase de l'article 61. En conséquence, les mesures en cause de la Chine sont également incompatibles avec l'obligation qui lui est faite à l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC de faire en sorte que sa législation "comporte" des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CONCLUSION

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

ANNEXE A-2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE A-3

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

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[2] Pièce US-6.

V. CONCLUSION

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

ANNEXE A-4

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. EN CONTRAVENTION DE L'ARTICLE 61, LES MESURES DE LA CHINE NE PRÉVOIENT PAS DE PROCÉDURES ET DE SANCTIONS PÉNALES POUR LES ACTES DÉLIBÉRÉS DE CONTREFAÇON DE MARQUE DE FABRIQUE OU DE COMMERCE OU DE PIRATAGE PORTANT ATTEINTE À UN DROIT D'AUTEUR, COMMIS À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CONCLUSION

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

ANNEXE A-5

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE A-6

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE B

COMMUNICATIONS DE LA CHINE

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
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 B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CHINE

I. INTRODUCTION

1. Les États-Unis sont bien loin de s'acquitter de la charge qui leur incombe de démontrer que la Chine ne satisfait pas à ses obligations au titre de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC"). Les États-Unis, dans leur première communication écrite, ont systématiquement décrit d'une manière erronée le droit chinois et la pratique de la Chine. Ils ont aussi cherché à élargir considérablement la portée des obligations des Membres dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et n'ont pas tenu compte du premier paragraphe de l'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 juridiques."

2. S'agissant de leur *première allégation* (section IV de la communication des États-Unis), les États-Unis n'ont pas démontré que le droit pénal de la Chine était incompatible avec les obligations de celle-ci au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'argument des États-Unis repose sur un libellé de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui a été expressément rejeté au moment où cet accord a été négocié. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, la Chine satisfait scrupuleusement à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en prévoyant des procédures et des sanctions pénales pour les actes délibérés de contrefaçon et de piratage qui sont appropriées, compte tenu du contexte commercial et des structures juridiques de la Chine.

3. S'agissant de leur *deuxième allégation* (section V de la communication des États-Unis), les États-Unis exposent d'une manière inexacte les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC et décrivent d'une manière erronée les pratiques des douanes chinoises. Par conséquent, ils n'ont pas démontré que les douanes chinoises traitaient les marchandises contrefaites qui étaient saisies d'une manière incompatible avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

4. S'agissant de leur *troisième allégation* (section VI de la communication des États-Unis), l'argument des États-Unis résulte d'erreurs fondamentales dans l'idée qu'ils se font de la Loi chinoise sur le droit d'auteur. La principale préoccupation des États-Unis dans le cadre de leur troisième allégation – et leur erreur fondamentale – est que la législation chinoise ne protège pas automatiquement et immédiatement le droit d'auteur. L'allégation des États-Unis est sans fondement une fois cette erreur corrigée.

5. En outre, s'agissant de leur troisième allégation, les États-Unis n'établissent pas *prima facie* le bien-fondé des affirmations qu'ils font dans leur argumentation au sujet de l'article 3 (traitement national) et de l'article 14 (droits connexes) de l'Accord sur les ADPIC.

II. LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE FIXÉS PAR LA CHINE SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS AU TITRE DES ARTICLES 61 ET 41:1 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. RÉGIME DESTINÉ À FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN CHINE

6. La Chine dispose de trois régimes juridiques pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle: pénal, administratif et civil. La Chine a recours aux trois régimes dans ses efforts pour lutter contre la contrefaçon et le piratage. Les mesures pénales sont utilisées contre les actes de contrefaçon et de piratage lorsque ceux-ci sont commis à une échelle suffisante pour dépasser les

seuils à partir desquels des moyens pénaux sont mis en œuvre; la Chine rend aussi possible une action des pouvoirs publics à l'encontre d'une activité au moyen de son système de droit administratif. Parallèlement à ces deux formes d'action de la part des pouvoirs publics, la Chine donne aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle la possibilité d'engager des procédures civiles.

1. La Chine a imposé des sanctions pénales à l'égard d'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

7. La Chine donne une description détaillée de son régime de droit pénal en matière de propriété intellectuelle. Elle explique chacune des lois pénales ayant un rapport avec les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle, les seuils d'activité spécifiques passibles de sanctions pénales en vertu de chacune des lois et le calcul de ces seuils. En outre, la Chine explique que des sanctions pénales peuvent être imposées dans les affaires relatives à des produits non finis ou en présence d'indices d'atteintes commises à une échelle commerciale et que le droit chinois autorise les particuliers à engager des poursuites pénales.

8. En décrivant son régime juridique, la Chine cherche à rectifier les nombreuses déclarations inexactes et erronées faites par les États-Unis. Ceux-ci, lorsqu'ils ont décrit le droit pénal chinois, se sont mépris sur le seuil à partir duquel le "volume des activités commerciales illicites" relevait du domaine pénal, en faisant abstraction du fait que les autorités chinoises tenaient compte des preuves de l'existence de marchandises contrefaites dans d'autres entrepôts, en cours de transport ou déjà vendues. Les États-Unis n'ont pas tenu compte du calcul cumulatif des seuils sur plusieurs années d'activité criminelle. Ils n'ont pas tenu compte du caractère alternatif des seuils fixés dans plusieurs lois chinoises, à savoir qu'une violation entraîne nécessairement des mesures coercitives dès lors que l'un quelconque des seuils est atteint. Enfin, les États-Unis ont affirmé à tort que la Chine ne pouvait pas imposer de sanctions pénales à l'égard de produits non finis et en présence d'indices de l'existence d'une violation, alors qu'il est clair que le droit chinois prévoit le contraire.

2. La Chine dispose d'un régime d'exécution forcée par la voie administrative qui exerce un effet préventif important en ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle qui se situent en deçà des seuils d'infraction pénale

9. La Chine décrit le régime d'exécution forcée par la voie administrative qui est appliqué en dehors du droit pénal et qui ne dépend pas des seuils d'infraction minimaux fixés dans le droit pénal. Ce régime est un élément caractéristique de l'ordre juridique chinois qui n'a pas son pendant dans la plupart des systèmes occidentaux, y compris dans l'ordre juridique des États-Unis. Contrairement à l'affirmation des États-Unis selon laquelle les seuils fixés dans le droit pénal chinois ont pour effet de mettre "hors d'atteinte" les violations commises à petite échelle, les pouvoirs publics chinois appliquent en fait un régime d'exécution forcée qui sanctionne toute violation, quelle qu'en soit l'ampleur. En Chine, les petits contrevenants ne sont pas à l'abri des mesures coercitives prises par les pouvoirs publics.

3. Les assertions des États-Unis concernant les tendances en matière d'atteintes aux droits ne sont pas fondées

10. La Chine aborde l'allégation des États-Unis selon laquelle une proportion élevée des atteintes au droit d'auteur se situe en deçà des seuils numériques et selon laquelle les contrevenants ont réduit le volume des copies qu'ils réalisaient afin de ne pas être tenus pénalement responsables, lorsque les seuils d'infraction pénale ont été abaissés. L'ensemble de données sur lequel les États-Unis s'appuient émane de perquisitions administratives menées à la demande des détenteurs de droits eux-mêmes; sa valeur probante n'est pas claire et, en tout état de cause, les données n'étayent pas les assertions des États-Unis concernant les tendances statistiques.

B. LA CHARGE DE LA PREUVE QUI INCOMBE AUX ÉTATS-UNIS EST PARTICULIÈREMENT LOURDE LORSQU'IL S'AGIT DE SOUTENIR L'ALLÉGATION SELON LAQUELLE LA CHINE NE S'EST PAS ACQUITTÉE DE SON OBLIGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 61

11. En tant que partie plaignante, il incombe aux États-Unis de s'acquitter de la charge de la preuve lorsqu'ils avancent l'argument selon lequel le régime d'exécution forcée par voie pénale de la Chine ne satisfait pas à l'obligation énoncée dans l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, dans ce cas particulier, les États-Unis doivent assumer une charge notablement plus lourde que celle qui leur incomberait normalement. C'est parce qu'ils formulent une allégation – à savoir que les Membres adhérant à l'Accord sur les ADPIC doivent promulguer des lois pénales qui satisfont à des normes internationales très spécifiques – qui va résolument à l'encontre de la coutume et des règles en matière de droit international.

12. Les organisations internationales traitent les autorités nationales avec une grande déférence en ce qui concerne les questions de droit pénal. L'examen du droit international montre que les États ont traditionnellement considéré le droit pénal comme relevant exclusivement de leur juridiction souveraine; lorsque des gouvernements souverains prennent des engagements internationaux en matière de droit pénal, ceux-ci leur laissent un pouvoir discrétionnaire substantiel en matière de mise en œuvre; et les tribunaux internationaux se sont montrés excessivement réticents à imposer aux États des normes spécifiques dans le domaine pénal.

13. Eu égard au droit international en vigueur, les États-Unis ne doivent pas simplement démontrer que l'interprétation qu'ils proposent de l'obligation énoncée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est correcte au regard des règles ordinaires. Ils doivent aussi persuader le présent Groupe spécial que les parties à l'Accord sur les ADPIC sont convenues de contracter l'obligation de réformer leurs lois pénales dans ce sens bien précis, qui rompt de façon marquée avec la pratique de tous les pays dans le cadre de toutes les autres organisations internationales en ce qui concerne les lois pénales nationales.

C. L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC EXIGE QUE LES MEMBRES FIXENT DES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE POUR LES ACTES DE CONTREFAÇON ET DE PIRATAGE COMMIS À UNE "ÉCHELLE COMMERCIALE", AU SENS LARGE ET DISCRÉTIONNAIRE DU TERME

14. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "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". Le sens et la portée de l'expression "échelle commerciale" sont au cœur du différend entre les États-Unis et la Chine. Les États-Unis proposent une définition qui est incompatible avec le sens ordinaire de cette expression et qui a été expressément rejetée par les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC.

15. L'obligation énoncée à l'article 61 veut que les Membres prévoient des sanctions pénales pour les atteintes délibérées qui supposent une activité d'une ampleur considérable, eu égard au contexte commercial et aux structures juridiques du Membre. La Chine s'est acquittée de cette obligation.

1. Le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" n'est pas toute activité lucrative, quelle qu'en soit l'ampleur

16. Les États-Unis donnent une définition profondément erronée de l'expression "échelle commerciale". Ils prétendent que le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" peut être obtenu en associant le sens ordinaire de "commercial" ("exécuté dans une intention lucrative") et d'"échelle" ("importance, ampleur ou degré"). Il ressort de cette synthèse, selon les États-Unis, que l'expression "échelle commerciale" aurait deux sens distincts et recouvrirait deux catégories d'activité:

premièrement, l'expression "échelle commerciale" désignerait toute activité exécutée dans une intention lucrative (c'est-à-dire que la vente d'un seul article contre un cent américain constituerait une activité à l'échelle commerciale). Deuxièmement, l'expression "échelle commerciale" recouvrirait aussi des activités, "quels qu'en soient le motif ou le but", dont "l'ampleur ou l'importance serait suffisante pour être considérée comme étant à l'"échelle commerciale" sur le marché concerné".

17. L'interprétation des États-Unis est incompatible avec le sens courant de l'article 61. Cette interprétation enfreint le principe selon lequel l'article 61 doit être interprété de façon à donner pleinement effet à tous les mots de la disposition. La définition des États-Unis présume aussi à tort que le sens de l'expression "échelle commerciale" n'est rien d'autre que la somme du terme "commercial" et du terme "échelle".

18. En fait, il ressort d'un examen minutieux de l'usage courant de l'expression qu'"échelle commerciale" désigne une activité portant atteinte à un droit, dont l'ampleur est considérable. Le Comité d'experts de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie a établi en février 1988 une définition de l'expression "échelle commerciale" dont il ressort très clairement que celle-ci était censée être une notion large et souple et qu'elle était aussi conçue pour recouvrir plus que la simple "volonté de faire du profit". D'autres emplois de l'expression "échelle commerciale" dans des documents du GATT et par le gouvernement des États-Unis lui-même étayent cette interprétation de l'expression.

2. Il ressort du contexte de l'article 61 que les Membres n'ont jamais eu l'intention d'être liés par des règles spécifiques concrètes en matière de droit pénal national

19. Conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "Convention de Vienne"), l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC doit être interprété dans son contexte. À cet égard, plusieurs éléments méritent d'être examinés.

20. Premièrement, l'Accord sur les ADPIC ne définit pas ce qui constitue une atteinte substantielle à un droit. Lorsque le soin de définir la portée des droits et l'acte qui constitue une atteinte est laissé à chaque pays, établir un seuil spécifique concret à partir duquel cet acte non défini doit constituer un délit force l'interprétation raisonnable. Il devrait exister à tout le moins des éléments de preuve clairs indiquant que les parties sont convenues d'une économie aussi singulière. Il n'existe aucun élément de preuve clair en ce sens.

21. Deuxièmement, le manque de spécificité du libellé de l'article 61 contraste fortement avec les dispositions spécifiques qui sont énoncées dans les articles 42 à 48 de l'Accord sur les ADPIC. Cela contraste aussi avec les dispositions spécifiques énoncées dans l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT* et dans l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.* Lorsque les parties à la négociation ont souhaité imposer des obligations détaillées et concrètes, elles ont exprimé cette exigence de spécificité en termes clairs.

22. Enfin, l'article 61 doit être interprété dans le contexte de l'article 1:1, qui définit la "nature et [la] portée des obligations" pour l'ensemble de l'Accord, et de l'article 41:5, qui énonce les "obligations générales" concernant les "moyens de faire respecter les droits" dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Les articles 1:1 et 41:5 démontrent que les Membres ont refusé d'accepter que l'Accord sur les ADPIC soit un accord qui les forcerait à procéder à une harmonisation juridique. Au contraire, ils ont insisté sur le fait qu'ils étaient en droit de faire respecter les droits conformément à leurs propres coutumes juridiques et compte tenu de leur situation particulière – telle que l'insuffisance des moyens de répression. Ces articles soulignent non seulement que l'article 61 devrait être interprété au sens large, mais aussi que l'expression "échelle commerciale" est délibérément vague – et qu'elle n'a pas été définie – précisément parce qu'un large bloc de Membres n'auraient jamais accepté une obligation plus spécifique à caractère intrusif.

3. La définition que proposent les États-Unis est incompatible avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC

23. La Convention de Vienne dispose qu'un traité doit être interprété "à la lumière de son objet et de son but". L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, qui sont clairement énoncés dans le Préambule de l'Accord, consistent à promouvoir le commerce international en protégeant la propriété intellectuelle dans le cadre des règles de droit des Membres et des moyens dont ils disposent. L'objet et le but indiquent bien que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne devrait pas être interprété comme s'il obligeait les Membres à harmoniser leurs systèmes judiciaires ou à faire abstraction de leurs intérêts lorsqu'ils élaborent des mesures pénales qui tiennent compte de leurs propres règles de droit et de l'intérêt public.

4. Les actions ultérieures des Membres – y compris des États-Unis – indiquent qu'ils ont interprété l'expression "échelle commerciale" comme imposant uniquement un critère large et élevé

24. Les Membres n'ont jamais interprété l'expression "échelle commerciale" comme signifiant toute activité menée dans un but commercial. L'action passée du gouvernement canadien et de la Communauté européenne montre qu'ils n'ont pas interprété l'expression "échelle commerciale" comme recouvrant simplement toute activité menée dans un but commercial.

25. La pratique des États-Unis dans le cadre de leurs accords bilatéraux de libre-échange ultérieurs a consisté à définir soigneusement l'expression "échelle commerciale" de façon à ce qu'elle recouvre toute activité lucrative. Il n'y aurait aucune raison de négocier cette définition avec des pays qui sont déjà assujettis aux obligations qui découlent de l'Accord sur les ADPIC si l'expression avait déjà cette signification dans l'Accord sur les ADPIC. Au contraire, le fait que les États-Unis insistent pour élaborer une définition plus stricte dans le contexte bilatéral indique bien que l'expression "échelle commerciale" telle qu'elle figure dans l'Accord sur les ADPIC est une notion large qui donne aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation considérable. C'est la preuve que les États-Unis n'ont pas réussi à obtenir, dans le cadre des négociations relatives à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, l'obligation qu'ils cherchent néanmoins à imposer en l'occurrence.

5. L'historique des négociations montre que les parties étaient d'avis que l'expression "échelle commerciale" établissait un large critère visant une activité portant atteinte à un droit, dont l'ampleur était considérable

26. L'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC démontre de façon convaincante que le critère de l'"échelle commerciale" a clairement été proposé et adopté en tant qu'alternative au libellé que proposent maintenant les États-Unis. Il était entendu que le véritable critère de l'Accord sur les ADPIC était vaste et souple et aussi qu'il visait la contrefaçon et le piratage d'une grande ampleur. Les parties à la négociation, à de multiples reprises, ont examiné et rejeté la formule voulant que tout acte de contrefaçon ou de piratage exécuté en vue d'obtenir un bénéfice commercial soit passible de sanctions pénales.

D. LA CHINE A MIS EN ŒUVRE L'OBLIGATION QUI LUI EST FAITE À L'ARTICLE 61 D'IMPOSER DES MESURES PÉNALES À L'ENCONTRE DES ACTES DÉLIBÉRÉS DE CONTREFAÇON ET DE PIRATAGE COMMIS À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE

27. Le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC est un critère large, subordonné à la discrétion nationale et aux conditions locales. Le Groupe spécial, lorsqu'il examinera la question de savoir si la Chine a satisfait à son obligation, devrait se demander si les seuils d'infraction pénale retenus dans la législation chinoise se situent légitimement "à l'échelle commerciale" et relèvent légitimement de la discrétion souveraine. Compte tenu du caractère large du

critère de l'"échelle commerciale" et de l'importance de respecter la discrétion nationale, la Chine propose que le Groupe spécial détermine si le droit chinois sanctionne pénalement les atteintes délibérées qui supposent une activité d'une ampleur considérable et si ces sanctions sont appropriées, eu égard au contexte commercial et aux structures juridiques de la Chine. La Chine sanctionne pénalement une activité portant atteinte à un droit qui excède les seuils prévus dans sa législation. Il reste donc au Groupe spécial deux questions à examiner: les seuils d'infraction pénale sont-ils appropriés, compte tenu de la structure du droit chinois? Et les seuils sont-ils raisonnables, eu égard au commerce intérieur en Chine?

1. Le Groupe spécial devrait conclure que les seuils d'infraction pénale sont appropriés au regard de la structure du droit pénal de la Chine

28. La Chine fixe des seuils pour divers délits commerciaux, compte tenu des ressources judiciaires dont elle dispose et de ses priorités en matière de poursuites pénales et de mesures répressives. Conformément à ses obligations au titre de l'article 61 et comme elle est en droit de le faire en vertu de l'article 41:5, la Chine a établi pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle des mesures pénales qui sont proportionnelles par rapport à celles qui sanctionnent les autres délits commerciaux.

29. Les États-Unis voudraient que la Chine réforme complètement son régime de droit pénal. Ils voudraient pour ainsi dire qu'elle supprime ses seuils – compte tenu du terme "lucratif" employé par les États-Unis, le seuil serait de 1 RMB – et, par conséquent, qu'elle mette en place pour le droit pénal un système de répression impraticable et qu'elle fasse passer la répression des infractions pénales en matière de droits de propriété intellectuelle avant celle d'autres délits extrêmement graves, tels que le faux-monnayage et la corruption. Cela constituerait un changement audacieux par rapport à la déférence à l'égard du droit national et au respect de l'affectation des ressources en matière de répression qui sont envisagés dans l'Accord sur les ADPIC.

30. La Chine a agi de bonne foi en mettant en œuvre l'obligation qui lui est faite à l'article 61. Les seuils d'infraction pénale pour les actes de contrefaçon et de piratage sont raisonnables et appropriés, compte tenu des structures juridiques et des autres lois de la Chine sanctionnant les délits commerciaux.

2. Les seuils d'infraction pénale sont appropriés à l'échelle du commerce intérieur en Chine

31. Les seuils d'infraction pénale sont raisonnables compte tenu non seulement de l'ordre juridique de la Chine, mais aussi de l'échelle à laquelle s'opère le commerce en Chine, point de référence raisonnable pour apprécier les critères "à l'échelle commerciale" d'un Membre. Il est approprié – compte tenu du sens de l'expression "à une échelle commerciale" dans l'Accord sur les ADPIC – qu'un Membre établisse des seuils qui sont en rapport avec les indicateurs relatifs à une entreprise commerciale viable.

32. La Chine a établi un seuil pour le volume des activités commerciales illicites – un parmi plusieurs autres seuils d'infraction pénale – qui est beaucoup plus bas que celui auquel opèrent même les plus petites entreprises commerciales en Chine. La Chine a choisi ses seuils d'infraction pénale non pas de façon à atténuer autant que possible ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, mais parce que, selon son jugement souverain, ces seuils sont ceux qui représentent le mieux le stade à partir duquel les atteintes aux droits de propriété intellectuelle mettent en péril l'ordre public et justifient des mesures répressives.

3. Le Groupe spécial ne devrait pas examiner les nouvelles obligations que les États-Unis voudraient imposer à la Chine

33. Lorsqu'il examinera le point de savoir si la Chine a mis en œuvre l'obligation légitime qui lui était faite d'établir des lois pénales appropriées, le Groupe spécial ne devrait pas tenir compte des obligations sans fondement que les États-Unis cherchent à imposer à la Chine. Premièrement, la Chine n'a pas l'obligation de prendre en considération l'incidence commerciale d'une atteinte aux droits. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, des moyens pénaux de faire respecter les droits sont requis si l'activité portant atteinte à un droit est menée à une échelle commerciale, pas si l'incidence de cette activité est à l'échelle commerciale.

34. Deuxièmement, la Chine n'a pas pour obligation d'assouplir ni de modifier ses critères en matière de preuve. Les États-Unis prétendent que les seuils d'infraction pénale sont trop élevés parce qu'il se peut que les autorités chinoises n'aient pas toujours accès aux éléments de preuve de l'existence d'une violation – tels que le volume des marchandises stockées dans des entrepôts ou déjà vendues. En fait, la Chine respecte pleinement son obligation au titre de l'Accord sur les ADPIC en prévoyant un critère "échelle commerciale" raisonnable pour l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales. L'Accord sur les ADPIC impose une obligation légale de fond et la Chine la respecte. Les procédures en matière de preuve que la Chine emploie pour déterminer si certaines violations sont commises à une échelle commerciale ou non n'ont pas de pertinence juridique.

E. LA CHINE SATISFAIT À SES OBLIGATIONS AU TITRE DE LA DEUXIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 61 ET DE L'ARTICLE 41:1, QUI CONSISTENT À PRÉVOIR DES MESURES CORRECTIVES ET DES PROCÉDURES CONFORMÉMENT À LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 61

35. Les États-Unis font valoir que la Chine contrevient aussi aux dispositions de la deuxième phrase de l'article 61 et de l'article 41:1. Toutefois, ces deux dispositions sont subordonnées à celles de la première phrase de l'article 61. À moins que les États-Unis ne puissent démontrer que la Chine manque à ses obligations au titre de la première phrase de l'article 61, ils ne peuvent pas démontrer que la Chine manque aussi à ses obligations au titre de la deuxième phrase de l'article 61 et de l'article 41:1. Étant donné qu'ils ne sont pas parvenus à le faire dans le premier cas, ils n'y parviennent pas non plus dans le second.

III. LES MESURES DE LA CHINE CONCERNANT LA DISPOSITION DES MARCHANDISES CONTREFAITES SAISIES PAR LES DOUANES SONT COMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

36. Dans leur deuxième allégation, les États-Unis allèguent que le cadre légal dans lequel opèrent les douanes chinoises en ce qui concerne les marchandises contrefaites qui sont saisies est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. En particulier, ils prétendent que les douanes chinoises n'ont pas le pouvoir d'ordonner la mise hors circuits commerciaux des marchandises contrefaites de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ("pouvoir de mise hors circuit"), ni celui d'ordonner la destruction de ces marchandises ("pouvoir de destruction"). L'argument des États-Unis est fondé, en partie, sur une conception erronée du droit chinois en ce qui concerne la disposition des marchandises contrefaites et, en partie, sur la prémisse erronée selon laquelle les douanes chinoises n'ont pas le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites si la destruction n'est pas le moyen de disposition privilégié des pouvoirs publics.

37. La Chine respecte pleinement ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC: les douanes chinoises disposent du pouvoir requis en matière de mise hors circuit, étant donné qu'elles sont habilitées à la fois à donner les marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale et à les

vendre aux détenteurs des droits. Les douanes chinoises disposent aussi du pouvoir de destruction, comme en témoigne leur pouvoir discrétionnaire de déterminer si des marchandises contrefaites réunissent les conditions voulues pour être détruites. La Chine note que, s'il exige que les douanes chinoises aient un pouvoir de disposition approprié, l'Accord sur les ADPIC ne les oblige pas à avoir recours uniquement aux moyens prévus dans l'Accord pour s'occuper des marchandises contrefaites.

A. DISPOSITION DES MARCHANDISES CONTREFAITES PAR LES DOUANES CHINOISES

38. La Chine expose en détail les quatre méthodes de disposition auxquelles peut avoir recours l'Administration générale des douanes de la République populaire de Chine (les "douanes") en vertu du droit chinois. Premièrement, les douanes ont le pouvoir de faire don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale, si elles déterminent que les marchandises sont adaptées à cette fin et ne présentent pas de risques pour la santé ou la sécurité; les douanes sont tenues légalement de veiller à ce que les marchandises données soient utilisées exclusivement par des organismes d'aide sociale et uniquement à des fins d'aide sociale. Deuxièmement, les douanes ont la faculté de vendre les marchandises contrefaites aux détenteurs des droits. Les détenteurs des droits peuvent choisir d'acheter les marchandises contrefaites lorsque, par exemple, il est déterminé que les marchandises saisies sont des excédents produits illégalement par un fabricant titulaire de licence et que, par conséquent, elles sont identiques aux marchandises sous licence. Troisièmement, les douanes sont habilitées à vendre aux enchères les marchandises contrefaites, si elles ont décidé qu'il n'était pas possible d'avoir recours aux deux premiers moyens de disposition, qu'elles ont formellement sollicité des observations aux détenteurs des droits, qu'elles ont déterminé que les marchandises ne présentaient pas de risques pour la santé ou la sécurité, qu'elles ont conclu que la vente aux enchères était avantageuse et qu'elles ont retiré tous les éléments portant atteinte aux droits. Enfin, elles ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites, si elles ont déterminé qu'il n'est pas possible d'avoir recours aux autres moyens de disposition.

B. LA CHINE SE CONFORME À L'ARTICLE 59 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC PARCE QU'ELLE ACCORDE À LA FOIS UN POUVOIR DE MISE HORS CIRCUIT ET UN POUVOIR DE DESTRUCTION

39. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC (qui incorpore la première phrase de l'article 46) exige que les douanes chinoises soient habilitées à ordonner que les marchandises portant atteinte à un droit soient "écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou ... détruites".

40. L'article 59 n'exige pas que la Chine circonscrive les moyens de disposition auxquels les douanes peuvent avoir recours à la mise hors circuits commerciaux et à la destruction. Les douanes doivent être habilitées à avoir recours à ces deux moyens, mais l'article 59 ne leur fait pas obligation de s'y limiter. Le critère de conformité avec l'article 59 est que, premièrement, les douanes doivent être habilitées à écarter des circuits commerciaux les marchandises portant atteinte à un droit de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit et, deuxièmement, les douanes doivent avoir le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, les douanes chinoises possèdent à la fois le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction.

1. Les douanes chinoises sont habilitées à écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaites tout en évitant que les intérêts du détenteur du droit ne soient lésés

41. Les douanes chinoises ont le pouvoir d'ordonner que les marchandises contrefaites soient "écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit", en vertu du pouvoir qu'elles ont de vendre les marchandises contrefaites aux détenteurs des droits et, par ailleurs, en vertu du pouvoir qu'elles ont de faire don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale. Dans un cas comme dans l'autre, les douanes ont le pouvoir d'écarter du

marché libre les marchandises contrefaites tout en tenant dûment compte des intérêts des détenteurs des droits.

2. Les douanes chinoises ont le pouvoir de détruire les marchandises contrefaites

42. Les douanes chinoises ont le pouvoir d'ordonner la destruction des marchandises portant atteinte à des droits, comme le prévoit l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, lui-même incorporé dans l'article 59. Le droit chinois prévoit des critères concernant la disposition des marchandises contrefaites par les douanes. Ces critères traduisent une préférence officielle pour le recours à d'autres moyens de disposition, mais les douanes ont légalement la compétence discrétionnaire de déterminer si les critères sont remplis et, par conséquent, de décider du moyen de disposition approprié.

43. Il ressort clairement de la première communication écrite des États-Unis elle-même, ainsi que de la pratique des États-Unis et d'autres Membres, que ce "pouvoir" n'a jamais censé être absolu et inconditionnel. La hiérarchisation des moyens de disposition, de pair avec la compétence discrétionnaire dont jouissent les douanes pour déterminer si les critères pertinents sont remplis, est compatible avec l'octroi du pouvoir de destruction.

44. En effet, les douanes ont décidé de détruire 58 pour cent de la valeur totale des marchandises contrefaites entre 2005 et 2007. C'est une preuve matérielle que la prétendue hiérarchie dans les options de disposition n'empêche pas les douanes d'ordonner la destruction des marchandises contrefaites.

C. LA VENTE AUX ENCHÈRES PAR LES DOUANES CHINOISES EST PARFAITEMENT COMPATIBLE AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

45. Les États-Unis allèguent que la vente aux enchères de marchandises contrefaites par les douanes chinoises contrevient à l'article 59. Si l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC exige que les douanes disposent à la fois d'un pouvoir de mise hors circuit et d'un pouvoir de destruction, il ne leur enjoint pas de se limiter à ces deux moyens de disposition. L'Accord sur les ADPIC n'interdit pas le recours à la vente aux enchères. Ce moyen de disposition intervient pour 2 pour cent seulement de la valeur totale des marchandises contrefaites.

1. L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC n'oblige pas les Membres à circonscrire la disposition des marchandises contrefaites à la mise hors circuit commercial ou à la destruction

46. Le sens courant de l'expression "être habilité", la pratique des Membres en ce qui concerne la disposition des marchandises contrefaites et l'historique de la négociation de l'article 59 mettent tous en évidence le fait que, même si les Membres doivent accorder à leurs services douaniers à la fois le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction, ils ne sont aucunement tenus de limiter leur action à la mise hors circuits commerciaux et à la destruction. Le pouvoir qu'ont les douanes de vendre aux enchères les marchandises contrefaites est parfaitement compatible avec l'article 59.

2. La vente aux enchères est compatible avec les principes directeurs des articles 46 et 59

47. Les deux principes énoncés dans l'article 46 (et, par conséquent, dans l'article 59) sont les suivants: "créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits" et "éviter de causer un préjudice au détenteur du droit". La vente aux enchères est compatible avec ces deux principes. Premièrement, les contrevenants dont les marchandises sont vendues aux enchères se retrouvent exactement dans la même situation que si les marchandises avaient été détruites: dans les deux cas, les contrevenants perdent les marchandises sans aucune compensation. En outre, le fait que les douanes fixent un prix de réserve dans les enchères fait que les contrevenants n'ont pas la possibilité

d'acheter les marchandises saisies à un prix déraisonnablement bas, ni de les utiliser pour poursuivre leur activité de contrefaçon. Deuxièmement, les détenteurs de droits ont légalement le droit formel de formuler des observations avant toute mise aux enchères; cette procédure aide les douanes à déterminer s'il convient ou non de vendre une marchandise aux enchères et contribue ainsi à éviter qu'un préjudice ne soit causé aux détenteurs des droits.

D. LA CHINE S'ACQUITTE DE TOUTE OBLIGATION LÉGALE RÉSULTANT DE LA QUATRIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 46 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

48. Les États-Unis soutiennent que la Chine contrevient aussi à l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où les ventes aux enchères auxquelles procèdent les douanes – l'un des quatre moyens de disposition possibles – "sont incompatibles avec le principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46". Même s'il semble que les États-Unis présentent deux versions différentes de cet argument, aucun des deux n'est crédible.

49. Si les États-Unis prétendent, comme ils le font dans l'"introduction" de leur première communication écrite, que la quatrième phrase de l'article 46 signifie que les douanes doivent avoir le pouvoir de faire en sorte que les marchandises contrefaites restent en dehors des circuits commerciaux, il est démontré dans les sections qui précèdent que les douanes disposent de ce pouvoir.

50. Si les États-Unis prétendent que la quatrième phrase de l'article 46 interdit de réintroduire des marchandises de marque contrefaites dans les circuits commerciaux, alors ils ne démontrent pas que la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59 (et, par conséquent, qu'elle impose une obligation aux douanes), et ils ne démontrent pas non plus que les douanes ont manqué à l'obligation qui leur est faite dans la première phrase de l'article 46.

1. La quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59 et, par conséquent, elle ne s'applique pas aux douanes chinoises

51. Le texte même de l'Accord sur les ADPIC indique que la quatrième phrase de l'article 46 ne s'applique pas à l'article 59. Les parties à l'Accord sur les ADPIC ont pris en considération le traitement par les autorités douanières des marchandises de marque contrefaites et l'ont abordé expressément dans l'article 59. Si elles avaient voulu qu'il y ait d'autres obligations, elles les auraient énoncées à cet endroit.

2. Si la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59 et impose effectivement une obligation indépendante, la Chine est en situation de conformité

52. Même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée à tort comme imposant une obligation indépendante aux autorités douanières, les douanes chinoises satisferaient à cette obligation.

53. Premièrement, les douanes chinoises sont tenues de retirer tous les éléments contrefaits apposés sur les marchandises saisies, pas seulement les marques de commerce. Deuxièmement, en plus de retirer la marque de commerce, les autorités douanières doivent demander formellement au détenteur du droit de formuler des observations. La présentation formelle d'observations est une étape utile, qui permet aux détenteurs des droits d'exposer leurs préoccupations particulières – telles que les dangers que les marchandises peuvent présenter, ou la présence d'éléments de conception exclusifs qui ne peuvent pas être retirés – et permet aux douanes de déterminer qu'il ne serait pas opportun de procéder à une vente aux enchères. Les douanes ont légalement la compétence discrétionnaire de décider de ne pas procéder à une vente aux enchères après avoir consulté les détenteurs des droits.

IV. LES MESURES DE LA CHINE VISANT À PROTÉGER ET À FAIRE RESPECTER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

A. APERÇU GÉNÉRAL

54. La Chine a instauré des procédures d'examen et d'autorisation par les pouvoirs publics en ce qui concerne la publication et la distribution en Chine d'un certain nombre d'œuvres, y compris les films et les DVD. D'une façon générale, une œuvre visée par ces procédures ne peut être publiée ou distribuée que si l'autorisation requise est obtenue. Les États-Unis ne s'opposent pas à l'existence de ces procédures, et ils ne pourraient pas le faire non plus. Ce droit souverain est un pouvoir inhérent au domaine réservé, reconnu par le droit international, comme l'indique l'article 17 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la "Convention de Berne"), et expressément incorporé dans la structure de l'Accord sur l'OMC au moyen de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

55. La troisième allégation des États-Unis, qui porte sur ces mécanismes, résulte d'une conception fondamentalement erronée du droit chinois.

56. Premièrement, la majeure partie de l'allégation des États-Unis repose sur l'idée erronée que les œuvres dont les pouvoirs publics n'ont pas fini d'examiner le contenu, y compris celles qui n'ont pas encore été soumises à l'examen et celles en instance d'examen, ne bénéficient pas de la protection conférée par le droit d'auteur. Cette protection ne leur est pas refusée. Le droit chinois protège le droit d'auteur à partir du moment où l'œuvre est créée. L'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine (la "Loi sur le droit d'auteur"), dont il n'est pas fait mention dans la première communication écrite des États-Unis, protège pleinement le droit d'auteur, aussi bien avant que pendant l'examen à des fins d'autorisation. Il le fait 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.

57. Deuxièmement, les États-Unis affirment que les œuvres dont le contenu n'est pas approuvé ne sont pas protégées par le droit d'auteur, en application de l'article 4(1). Cela est également faux. La procédure d'examen du contenu est appliquée indépendamment de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. S'il est constaté à l'issue de la procédure d'examen que le contenu de l'œuvre est interdit, cela n'aboutit qu'au refus d'accorder l'autorisation de publier. Une telle constatation ne conduit pas au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur et, à la connaissance de la Chine, une constatation établie à l'issue d'une procédure d'examen du contenu n'a jamais abouti au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur. C'est pour cette raison que le reste de l'allégation des États-Unis est sans fondement.

B. L'ALLÉGATION DES ÉTATS-UNIS REPOSE SUR UNE CONCEPTION ERRONÉE DU DROIT CHINOIS

1. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, en vertu du droit chinois, les œuvres sont protégées par le droit d'auteur dès leur création, et cela ne dépend pas de l'examen de leur contenu

58. Même si la publication de certains types d'œuvres en Chine est subordonnée à l'examen de leur contenu, la protection du droit d'auteur leur est conférée dès leur création et est indépendante de leur publication. Lorsque ces œuvres sont en instance d'examen, elles bénéficient pleinement de la protection conférée par le droit d'auteur.

59. En vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, les auteurs étrangers ressortissants d'États ayant accédé à l'Accord sur les ADPIC bénéficient automatiquement de la protection conférée par le

droit d'auteur dès l'achèvement d'une œuvre, tout comme n'importe quel citoyen chinois. Cette protection vaut également pour les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen et pour celles qui sont en instance d'examen et, à vrai dire, que l'œuvre soit officiellement publiée en Chine ou pas. L'affirmation des États-Unis selon laquelle la protection du droit d'auteur est subordonnée d'une manière ou d'une autre à l'examen de son contenu est tout simplement fausse d'un point de vue légal.

2. Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, l'interdiction de publier pouvant résulter de l'examen du contenu n'est pas privative du droit d'auteur

60. La deuxième erreur de principe des États-Unis réside dans leur affirmation concernant l'effet juridique du refus d'accorder l'autorisation de publier ou de distribuer une œuvre. Les États-Unis affirment que ce refus conduit aussi au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur, en application de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur. En fait, il n'en est rien. La procédure d'examen du contenu est indépendante de l'article 4(1); s'il est constaté à l'issue de cette procédure que le contenu est interdit, cela n'a pour effet que d'interdire la publication. Rien ne conduit à refuser d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur.

61. L'examen du contenu, d'une part, et l'application des lois relatives au droit d'auteur, d'autre part, sont des procédures distinctes et indépendantes. L'examen du contenu est effectué par des organismes administratifs relevant du Conseil des affaires de l'État, et non pas par des tribunaux. En revanche, c'est le système judiciaire chinois et l'Administration nationale du droit d'auteur de la Chine (la "NCAC") et ses agences locales qui font respecter le droit d'auteur. Aucun des organismes chargés de faire respecter le droit d'auteur n'est lié par les constatations de l'organisme administratif établies dans le cadre des procédures d'examen du contenu.

62. Les États-Unis essaient à tort d'établir un lien entre l'octroi du droit d'auteur et le fait d'avoir passé l'examen avec succès. Mais ce qui est obtenu à l'issue de l'examen du contenu est une autorisation de distribuer, non l'octroi du droit d'auteur. En vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine, et conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne, le droit d'auteur est octroyé automatiquement et n'est subordonné à aucune formalité administrative.

63. L'examen du contenu est une procédure indépendante qui est sans rapport avec la première et qui ne permet pas de déterminer si une œuvre est protégée par le droit d'auteur.

C. LA CHINE PROTÈGE LE DROIT D'AUTEUR INDÉPENDAMMENT DES PROCÉDURES D'EXAMEN DU CONTENU

64. Les États-Unis tirent quatre conclusions de leur interprétation erronée du droit chinois. Ils allèguent que la Chine ne protège pas le droit d'auteur en ce qui concerne: 1) les œuvres dont le contenu n'a pas été soumis à l'examen, 2) les œuvres dont le contenu est en instance d'examen, 3) les versions non révisées d'œuvres qui ont été révisées pour que leur contenu passe l'examen avec succès, et 4) les œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen. En réalité, aucune de ces affirmations n'est correcte. En fait, la Chine protège les œuvres, indépendamment de leur statut à l'issue de l'examen du contenu.

1. Le droit de la Chine de procéder à un examen du contenu n'est pas remis en question

65. Les États-Unis ne contestent pas le droit qu'a la Chine de procéder à un examen du contenu; pareille contestation serait vouée à l'échec. Le droit souverain qu'ont les gouvernements de réglementer et même d'interdire le contenu d'œuvres justifie clairement les mécanismes d'examen du contenu mis en place par la Chine.

66. L'article 17 de la Convention de Berne dispose ce qui suit:

> "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 surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production ..."

67. Ainsi, tous les droits conférés aux auteurs en vertu de la Convention de Berne sont limités par l'article 17 de cette même convention. Le sens courant de l'article 17 et des commentaires officiels de l'OMPI, ainsi que de tout traité à ce sujet, étaye ce point de vue, comme cela est reconnu dans l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui reprend l'article 17 de la Convention de Berne.

68. En outre, le pouvoir de protéger le bien-être public est inextricablement lié et intrinsèque à la souveraineté. L'article 17 de la Convention de Berne ne codifie pas de façon exhaustive le droit souverain de censurer, mais fait plutôt simplement état de ce pouvoir, en indiquant que les dispositions de la Convention ne sauraient limiter ce privilège souverain d'une quelconque façon.

2. La Chine protège le droit d'auteur dont bénéficient les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen et celles dont le contenu est en instance d'examen

69. Les deux premiers points de la contestation élevée par les États-Unis concernent des œuvres dont le contenu n'a pas été soumis à l'examen et des œuvres dont le contenu est en instance d'examen.

70. Une œuvre bénéficie du droit d'auteur avant que toute considération relative aux procédures d'examen du contenu n'entre en compte, et sans attendre l'issue de ces procédures. Le bien-fondé de cette conclusion est démontré non seulement par l'analyse juridique, mais aussi par l'usage en Chine.

71. La Chine présente des cas concrets qui démontrent que son droit est appliqué d'une manière non équivoque de façon à ce que bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur les œuvres dont le contenu est en instance d'examen, les œuvres dont le contenu n'a pas encore été soumis à l'examen et les œuvres dont le contenu n'a pas besoin d'être examiné.

72. La Chine note que la première communication écrite des États-Unis ne comporte ni une analyse juridique, ni des exemples valables qui étayeraient leur allégation selon laquelle les œuvres qui n'ont pas été soumises à l'examen ou qui sont actuellement en instance d'examen ne bénéficieraient pas de la protection conférée par le droit d'auteur. À l'inverse, la Chine a fourni les deux.

3. Les versions non révisées d'œuvres qui ont été révisées lors de l'examen du contenu et les œuvres dont le contenu a été refusé à l'issue de l'examen bénéficient en Chine de la protection conférée par le droit d'auteur

73. Les troisième et quatrième éléments de l'allégation des États-Unis sont que la version non révisée des œuvres dont il est constaté, dans le cadre de la procédure d'examen à des fins de publication, que le contenu est interdit, et que les œuvres dont le contenu est refusé à l'issue de la procédure d'examen, ne bénéficient pas de la protection conférée par le droit d'auteur.

74. Aucune des deux allégations des États-Unis n'est correcte. Au contraire, la Chine démontre, dans le cas des films par exemple, que les œuvres dont le contenu est refusé à l'issue de l'examen, les œuvres qui ont été révisées pour que leur contenu passe l'examen avec succès et celles qui n'ont pas été examinées sont toutes protégées par des actions engagées par la NCAC pour assurer le respect du droit d'auteur.

75. Les États-Unis n'ont pas fourni la moindre analyse juridique à l'appui de leur interprétation du droit chinois, et ils n'ont pas non plus donné le moindre exemple de version non révisée ou d'œuvre dont le contenu avait été rejeté à l'issue de l'examen qui ne bénéficiait pas de la protection conférée par le droit d'auteur. Les États-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial un seul exemple d'affaire dans laquelle un défendeur contre lequel une action avait été engagée pour violation du droit d'auteur ait invoqué avec succès un moyen de défense selon lequel l'œuvre ne bénéficiait pas de la protection conférée par le droit d'auteur parce que son contenu avait été refusé à l'issue de la procédure d'examen. La Chine fait observer que sa Cour populaire suprême n'a connaissance d'aucune affaire dans laquelle pareil moyen de défense aurait été invoqué avec succès.

D. ÉTANT DONNÉ QU'ELLE PROTÈGE LE DROIT D'AUTEUR DANS LES CAS ALLÉGUÉS PAR LES ÉTATS-UNIS, LA CHINE NE MANQUE PAS À SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

76. Dans l'ensemble de la deuxième partie de leur argumentation au sujet de leur troisième allégation, les États-Unis exposent de façon détaillée les prétendus droits internationaux dont ils seraient privés parce que la Chine ne protégerait pas le droit d'auteur. Comme il a été démontré plus haut, les allégations des États-Unis relatives au refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur sont fausses, étant donné qu'elles reposent sur un grave malentendu concernant le droit chinois. Puisque cette protection n'est pas refusée, aucun des droits énumérés dans la deuxième partie de l'argumentation des États-Unis n'a en fait été violé.

77. Dans les paragraphes 215 à 219 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que le refus, au titre de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur revient à "priver" une catégorie d'œuvres de la jouissance du droit d'auteur, et que ce refus revient à nier certains droits énoncés dans ces paragraphes qui sont conférés aux auteurs par la Convention de Berne. Cette allégation ne résiste pas à l'argument présenté par la Chine dans sa première communication écrite, qui démontre que l'article 4(1) n'est tout simplement pas appliqué de la façon alléguée par les États-Unis. La Chine soutient que l'allégation des États-Unis est sans fondement en raison de la totale mécompréhension du droit chinois à cet égard. En outre, la Chine note que, dans la mesure où l'article 4(1), indépendamment de la procédure d'examen du contenu, pourrait avoir pour effet de priver de la jouissance du droit d'auteur une œuvre dont un tribunal a constaté qu'elle était "interdite par la loi" – argument dont les États-Unis n'ont pas essayé d'établir le bien-fondé – cette interdiction serait autorisée par l'article 17 de la Convention de Berne. Le refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur en pareil cas, c'est-à-dire le fait de retirer à un auteur le droit de limiter la diffusion et l'utilisation d'une œuvre dont la diffusion est complètement interdite, est sans objet d'un point de vue juridique et matériel. Les droits économiques accordés aux auteurs et aux artistes en vertu de la Convention de Berne équivalent à un droit personnel de censure – droits qui sont rendus caducs lorsqu'une interdiction publique expressément autorisée par l'article 17 de la Convention de Berne intervient par la suite. Les États-Unis n'ont pas démontré que le fait de ne pas accorder à ces œuvres la jouissance du droit d'auteur limitait davantage les éventuels droits des auteurs après l'acte d'interdiction lui-même.

78. Aux paragraphes 220 à 225 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que la procédure d'examen du contenu impose une "formalité" prohibée en ce qui concerne l'octroi du droit d'auteur. Cette affirmation ne résiste pas à l'argument présenté par la Chine dans sa première communication écrite, qui démontre que la reconnaissance du droit d'auteur n'est pas subordonnée en fait à l'achèvement d'une procédure d'examen du contenu et, par conséquent, qu'aucune formalité n'est imposée.

79. Aux paragraphes 232 à 243 de leur première communication écrite, les États-Unis allèguent que la Chine ne dispose pas de procédures destinées à faire respecter les droits dans les cas où la jouissance du droit d'auteur n'est pas accordée. Cette allégation est elle aussi sans fondement au

regard des arguments présentés par la Chine, lesquels montrent qu'il n'y a pas en fait privation du droit d'auteur, comme l'allèguent les États-Unis.

E. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS FOURNI D'ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* À L'APPUI NI DE LEURS ALLÉGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL, NI DE LEURS ALLÉGATIONS RELATIVES AUX DROITS CONNEXES ET, PAR CONSÉQUENT, LE GROUPE SPÉCIAL DEVRAIT ÉTABLIR UNE CONSTATATION EN FAVEUR DE LA CHINE EN CE QUI CONCERNE CES QUESTIONS

80. Les États-Unis, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, ont allégué un certain nombre de violations du principe du traitement national, qui sont subsidiaires à leurs allégations principales selon lesquelles l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur n'accorde pas le droit d'auteur, en violation de l'Accord sur les ADPIC. De même, les États-Unis, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, ont aussi allégué, de nouveau à titre subsidiaire, que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur pouvait priver les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes des droits connexes, en violation de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC.

81. Les États-Unis, dans leur première communication écrite, n'ont pas fourni d'éléments *prima facie* à l'appui ni de leurs allégations relatives au traitement national, ni de leurs allégations relatives aux droits connexes. La Chine estime qu'au vu de ce fait, le Groupe spécial devrait se prononcer en faveur de la Chine en ce qui concerne chacune de ces allégations.

1. L'Organe d'appel a dit à de nombreuses reprises et sans ambiguïté que la charge de la preuve initiale lors de l'établissement d'éléments *prima facie* incombait à la partie plaignante

82. L'Organe d'appel a été appelé à plusieurs reprises à clarifier la charge de la preuve dans le cadre des procédures de règlement des différends à l'OMC. À chacune de ces occasions, il a confirmé que la charge de prouver qu'une loi d'un Membre n'était pas conforme aux obligations de celui-ci dans le cadre de l'OMC incombait entièrement à la partie plaignante. La partie plaignante doit à la fois dûment faire valoir ses prétentions et établir le bien-fondé de son allégation. À défaut d'éléments de preuve suffisants, le défendeur n'a à s'acquitter d'aucune charge.

2. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait

83. La Chine estime que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations relatives au traitement national et aux droits connexes formulées par les États-Unis.

84. S'agissant des violations alléguées des droits connexes au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve et n'ont même pas fait valoir correctement leurs allégations. Les États-Unis l'admettent dans leur communication.

85. S'agissant des arguments relatifs au traitement national, les États-Unis, dans leur première communication écrite, ont négligé de faire valoir une quelconque prétention et ils semblent donc avoir renoncé à ces allégations.

86. Étant donné que les États-Unis n'ont pas fourni d'éléments *prima facie*, la Chine demande que le Groupe spécial se prononce contre les États-Unis, et qu'il constate que ceux-ci n'ont pas établi que les mesures de la Chine contrevenaient à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC, ni qu'elles avaient pour effet de ne pas accorder le traitement national.

87. Enfin, la Chine fait remarquer que même si les États-Unis ont énuméré un grand nombre de mesures distinctes dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, il semble que, dans leur première communication écrite, ils n'aient cherché à faire valoir des arguments qu'en ce qui concerne

cinq de ces mesures seulement. Par conséquent, la Chine demande que le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas fourni d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les mesures restantes et, pour ce qui est de la procédure, qu'ils n'ont pas établi l'existence d'une quelconque violation de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne: le Règlement sur l'administration de la radiodiffusion; le Règlement sur l'administration des télécommunications; 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 divers Avis sur le développement et la réglementation de la musique sur réseau.

V. CONCLUSION

88. Pour les raisons exposées dans la présente communication, la Chine demande que le Groupe spécial constate que ses mesures sont compatibles avec ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. La Chine soutient que les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait en ce qui concerne bon nombre des mesures de la Chine, et qu'ils n'ont pas démontré que l'une quelconque des mesures de la Chine n'était pas en conformité avec ses obligations.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Merci, Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial. Les États-Unis ont avancé dans la présente affaire des thèses juridiques qui sont erronées au plus haut point et n'ont pas grand-chose à voir avec le marché de la propriété intellectuelle. La Chine prie instamment le Groupe spécial de rejeter toutes les allégations des États-Unis.

2. Pour la Chine, ce n'est pas seulement une poignée de lois internes qui est en cause dans le présent différend – encore que cet aspect, bien entendu, soit extrêmement important. Au-delà cependant, la Chine est convaincue que l'équilibre des droits et obligations réalisé dans l'Accord sur les ADPIC est aussi dans une très large mesure mis en jeu dans ce différend.

3. Les pays en développement ont déclaré à maintes reprises et avec force qu'ils accepteraient les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC à la condition – et uniquement à cette condition – qu'il soit dûment tenu compte de leurs normes, de leurs régimes juridiques et du caractère limité de leurs ressources. Les États-Unis cependant voudraient faire comme si de rien n'était. Refuser délibérément de prêter attention à toutes ces objections soulevées de manière claire par les Membres en développement ne serait pas rendre service à la communauté de l'OMC à l'heure où celle-ci cherche à négocier les Accords de Doha.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

4. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, permettez-moi d'examiner la première allégation des États-Unis. Cette première allégation est que le droit pénal de la Chine n'est pas conforme à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Celui-ci dispose ce qui suit: "Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marques de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale."

5. Il est demandé au Groupe spécial de donner à la formule générale "échelle commerciale" une interprétation très stricte. La Chine prie le Groupe spécial d'examiner la question avec soin, compte tenu des règles traditionnelles d'interprétation qui tiennent compte du fait que les pays ne renoncent pas facilement à des pouvoirs souverains. En particulier, la Chine prie le Groupe spécial de se demander si les États-Unis lui ont fourni une base suffisante pour considérer que les parties entendaient l'expression "échelle commerciale" comme imposant un critère strict en droit pénal.

6. Le droit chinois définit les délits économiques en fonction d'un seuil: les activités illicites dont l'envergure excède une certaine échelle sont passibles de sanctions pénales. La Chine a fixé les seuils applicables aux délits contre la propriété intellectuelle au même niveau que ceux qu'elle applique aux délits commerciaux comparables.

7. Le système chinois présente deux caractéristiques très particulières qui influent sur la manière dont ces seuils sont fixés. Premièrement, les particuliers ont en Chine le droit d'engager des actions pénales. Il en résulte que le seuil est extrêmement important du point de vue de l'économie des ressources consacrées à la répression pénale. Deuxièmement, la Chine applique parallèlement à son régime pénal un régime de répression administrative qui ne semble pas avoir son pendant dans les pays occidentaux. Par ce régime de répression administrative, les autorités chinoises peuvent frapper

rapidement et efficacement les activités de contrefaçon, quelle que soit leur échelle. Les petits contrevenants n'ont pas un "bouclier" leur assurant l'impunité, ils sont passibles de sanctions administratives rigoureuses. Ces petits contrevenants ne valent simplement pas la peine qu'on engage contre eux des procédures pénales infiniment plus longues et plus coûteuses.

8. Les États-Unis interprètent "échelle commerciale" comme signifiant intention commerciale et s'appliquant à toute activité entreprise à des fins lucratives. C'est une erreur grave. Les négociateurs ont expressément rejeté le critère de l'intention commerciale lorsque celui-ci a été présenté au cours des négociations. Rares sont les tierces parties qui approuvent la définition des États-Unis.

9. L'interprétation des États-Unis ne correspond pas au sens ordinaire des mots "échelle commerciale". Les États-Unis ne cherchent jamais vraiment à comprendre le sens ordinaire de cette locution "échelle commerciale", et s'attachent au lieu de cela à additionner les sens que donne le dictionnaire des mots "commerciale" et "échelle".

10. Le Comité de l'OMPI a indiqué clairement que l'"échelle commerciale" est un critère large qui devrait dépendre de multiples facteurs et circonstances locales, et qui ne détermine pas un seuil rigide et défini d'activité. Les mots "échelle commerciale" renvoient à une activité d'une ampleur considérable, et ils étaient censés couvrir les cas dans lesquels la "fabrication" des marchandises contrefaites aurait un caractère délictueux. Cela contredit directement la thèse des États-Unis. "Échelle commerciale" ne s'applique pas à n'importe quelle activité entreprise dans un but lucratif. "La volonté de réaliser des bénéfices" n'est qu'un parmi plusieurs facteurs à prendre en considération.

11. Tel est le sens ordinaire de l'expression "'échelle commerciale": elle évoque l'ampleur d'une activité. C'est un critère large, qui n'est pas précisément défini. Il permet à chaque Membre de fixer un critère correspondant à son propre régime juridique et à sa propre réalité économique.

12. C'est ce même sens que l'on retrouve dans des documents anciens du GATT – et aussi d'ailleurs dans des lois des États-Unis. C'est le sens que les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC avaient à l'esprit lorsqu'ils se sont demandé s'il fallait adopter un critère d'"échelle commerciale" et qu'ils ont rejeté le simple critère d'activité "commerciale".

13. La Chine relève que les États-Unis et les tierces parties ont proposé des définitions extrêmement divergentes de l'"échelle commerciale". Chaque partie proclame que son interprétation de l'expression est la bonne. Mais la grande diversité des sens montre en elle-même que "échelle commerciale" ne correspond pas à un critère spécifique. C'est un critère vague et susceptible d'interprétation.

14. L'Organe d'appel a décidé que, si un terme est vague ou ambigu, le Groupe spécial doit adopter l'interprétation qui est la moins contraignante et qui porte le moins atteinte à la souveraineté du pays. L'article 61 porte sur le droit pénal interne des Membres – qui est au cœur même de la souveraineté nationale. Dans ce domaine plus que dans tout autre, l'Organe d'appel doit se garder de présumer facilement que les Membres entendaient retenir le sens le plus lourd de conséquences, le plus intrusif.

15. La Chine tient aussi à souligner le rôle contextuel particulier de l'article 1:1 et de l'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Au cours des négociations du Cycle d'Uruguay, les pays en développement ont élevé des objections énergiques contre l'idée d'inclure de nouvelles obligations en matière de mesures correctives qui imposeraient des normes rigides et perdraient de vue les principes de la souveraineté. Les pays en développement ont réussi, contre l'opposition des États-Unis et d'autres Membres, à faire inclure dans l'Accord l'article 1:1 et l'article 41:5.

16. Le présent différend donne pour la première fois à l'OMC l'occasion d'interpréter les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Il est demandé au Groupe spécial d'interpréter ces dispositions comme si elles n'avaient guère ou pas du tout d'effet; la Chine prie instamment le Groupe spécial de tenir compte de l'équilibre politique qui a conduit à l'incorporation de ces dispositions. Elle n'essaie pas de se soustraire à ses obligations, mais elle prie le Groupe spécial d'examiner si les États-Unis lui ont donné des raisons de constater que ces dispositions n'ont guère de sens, ou pas de sens du tout.

17. Ces dispositions constituent le contexte de l'article 61. On ne saurait interpréter l'Accord sur les ADPIC d'une manière qui oblige un Membre à dénaturer son système juridique ou à consacrer davantage de ressources aux mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle qu'à celles qui ont pour but de faire respecter la loi en général.

18. La conclusion devrait être claire. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que la Chine doit prendre des mesures pénales pour lutter contre les actes de contrefaçon et de piratage d'une certaine ampleur. Il permet à la Chine de définir raisonnablement cette ampleur, dans le cadre de ses structures juridiques internes et de ses ressources. C'est précisément ce qu'a fait la Chine. La Chine a fixé des seuils d'infraction pénale en matière de propriété intellectuelle à une faible échelle commerciale, d'une manière conforme avec les seuils qu'elle a fixés dans toutes les autres branches du droit pénal commercial.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

19. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, permettez-moi de passer maintenant à la deuxième allégation des États-Unis. Les États-Unis allèguent que, selon le droit chinois, les services des douanes disposent des marchandises contrefaites, après leur saisie, d'une manière qui est incompatible avec l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC. Cette allégation est elle aussi dépourvue de fondement.

20. Pris ensemble, les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC font obligation aux Membres d'habiliter leurs autorités douanières à écarter les marchandises des circuits commerciaux, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, ou à détruire ces marchandises.

21. Les douanes chinoises sont habilitées à mettre les marchandises hors circuit de deux manières différentes: en les donnant à des organismes d'aide sociale ou bien en les vendant au détenteur des droits si celui-ci le souhaite. L'argumentation des États-Unis repose sur la question de savoir si ces procédures sont menées de manière à éviter qu'il soit porté préjudice au détenteur des droits.

22. Alors que les États-Unis laissent entendre à diverses reprises que les dons de la Chine à des organismes caritatifs comportent des risques, ils ne citent pas dans leur communication écrite un seul cas dans lequel le don d'une marchandise contrefaite aurait lésé un détenteur de droits. Les éléments de preuve dont est saisi le Groupe spécial montrent que les douanes chinoises font effectivement don des marchandises contrefaites à des organismes d'aide sociale sans qu'il en résulte un préjudice pour les détenteurs de droits.

23. Dans le cadre de la vente des marchandises contrefaites au titulaire du droit – cas beaucoup moins fréquent que celui du don – le détenteur est absolument libre de décider d'acheter la marchandise si cela est conforme à ses intérêts. La Chine estime que cela ne peut pas causer un préjudice au détenteur du droit, et les États-Unis n'ont produit aucun élément démontrant le contraire.

24. En ce qui concerne le pouvoir de destruction, les douanes chinoises sont dûment habilitées à détruire les marchandises contrefaites. La loi chinoise prévoit une série de mesures discrétionnaires pour la disposition des marchandises qui est entièrement conforme à l'Accord sur les ADPIC. Selon

la loi, les marchandises contrefaites sont de préférence soit données, soit vendues au détenteur du droit et, si ces solutions ne sont pas réalisables, les marchandises contrefaites sont de préférence vendues au cours d'enchères publiques. Si aucune de ces méthodes n'est possible, la loi chinoise dispose que les marchandises seront détruites. Les douanes chinoises ont pleinement compétence pour ordonner la destruction, compétence qu'elles exercent fréquemment. Les éléments dont est saisi le Groupe spécial montrent d'ailleurs clairement que la destruction est fréquente – en termes de valeur, 58 pour cent des marchandises contrefaites saisies en Chine ont été détruites ces trois dernières années.

25. Les États-Unis élèvent des objections contre les rares cas dans lesquels les douanes chinoises ont recours à la vente aux enchères pour disposer des marchandises contrefaites. Les États-Unis prétendent que la vente aux enchères est contraire à l'obligation qui incombe à la Chine au titre de l'article 59 de donner à ses autorités à la fois le pouvoir de mettre les marchandises hors circuit et de les détruire. Mais cet argument est manifestement voué à l'échec puisque, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, les douanes chinoises doivent être habilitées – il ne s'agit donc pas d'une obligation – à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux ou à les détruire. Le texte de l'article 59 ne dit pas que les autorités "ordonneront" la destruction ou la mise hors circuit, il dit expressément qu'elles "seront habilitées" à les ordonner.

26. Les États-Unis avancent aussi que le recours limité de la Chine aux enchères publiques constitue une violation de la quatrième phrase de l'article 46, selon laquelle le simple retrait de la marque contrefaite n'est pas suffisant, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles, pour permettre la réintroduction de la marchandise dans les circuits commerciaux.

27. La Chine doute que la quatrième phrase de l'article 46 soit incorporée à l'article 59 – et donc qu'elle s'applique aux douanes chinoises.

28. Mais, même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée comme étant applicable, les douanes chinoises s'y conforment entièrement. La quatrième phrase de l'article 46 n'interdit pas la libération des marchandises contrefaites saisies – elle dispose simplement que le simple retrait de la marque contrefaite n'est pas normalement suffisant à cette fin. L'objet de l'article 46 est d'éviter que les contrevenants aient la possibilité d'apposer à nouveau des marques contrefaites à peu de frais et de poursuivre leur activité de contrefaçon. Comme la Chine l'a expliqué dans sa communication écrite, les douanes ne retirent pas simplement la marque contrefaite: elles retirent tous les éléments qui portent atteinte au droit d'auteur, elles demandent de manière formelle au détenteur du droit de faire des observations, à titre de garantie procédurale et, ce qui est le plus important, elles fixent un prix de réserve dans la vente aux enchères pour que les contrevenants n'aient pas la possibilité d'acheter à un prix dérisoire les marchandises saisies et d'y apposer à nouveau les marques contrefaites.

29. En résumé, la vente aux enchères publiques des marchandises contrefaites saisies – procédure que la Chine utilise pour 2 pour cent des marchandises, en termes de valeur – est entièrement compatible avec l'article 59.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

30. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je vais maintenant examiner la troisième allégation des États-Unis. Les États-Unis allèguent que la Chine viole l'Accord sur les ADPIC en ne conférant pas de manière automatique et immédiate la protection du droit d'auteur aux œuvres, en particulier les films et les DVD. Dans le cadre de cette allégation, la contestation ne porte pas sur l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC. Elle porte essentiellement sur les effets pratiques de la loi chinoise.

31. Selon le droit chinois, le droit d'auteur sur une œuvre naît de sa création. La protection du droit d'auteur n'est pas subordonnée à la publication. L'article 2 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur incorpore expressément les garanties de la Convention de Berne et accorde la protection automatique des droits de tous les auteurs des États parties à la Convention de Berne.

32. Les États-Unis ne mentionnent pas l'article 2 dans leur communication écrite, mais ils prétendent que l'article 4.1 refuse la protection par le droit d'auteur des œuvres qui n'ont pas encore subi avec succès un examen du contenu. La Chine fait respectueusement observer que cela n'est pas exact. En fait, elle reconnaît et protège le droit d'auteur sur les œuvres dès leur création.

33. La Chine applique différentes mesures réglementaires prévoyant l'examen du contenu des œuvres et, dans certains cas, elle n'autorise pas la publication avant l'approbation du contenu. Les États-Unis ne contestent pas que la Chine est en droit de le faire. L'examen du contenu, et le droit d'interdire la publication ou la diffusion des œuvres, est un privilège souverain reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne.

34. En raison de la protection conférée par l'article 2, les œuvres dont le contenu n'a pas fait l'objet d'un examen sont néanmoins protégées par le droit d'auteur. Les œuvres en instance d'examen jouissent aussi de la protection par le droit d'auteur. Lorsque des œuvres ont été révisées pour satisfaire à l'examen du contenu, la Chine protège le droit d'auteur sur la version révisée. Cette protection comprend aussi des mesures d'exécution contre les copies de la version non révisée de l'œuvre qui portent atteinte au droit d'auteur sur la version révisée. Les versions non révisées bénéficieront aussi de mesures d'exécution en cas de violation des règlements régissant la publication et la distribution, par exemple le Règlement sur les films. Pour les œuvres dont la publication n'a pas été approuvée à l'issue de l'examen du contenu, l'étendue de la protection par le droit d'auteur est une question qui ne se pose pas habituellement en droit chinois.

35. En conséquence, la Chine considère que l'article 4.1 est un instrument juridique dont l'effet sur le marché est limité. Même lorsqu'une œuvre est jugée illégale, le refus de la protection par le droit d'auteur n'entraînera vraisemblablement pas de pertes notables pour le détenteur du droit. L'œuvre est entièrement interdite, et les tentatives faites pour la publier ou la diffuser sont frappées de mesures coercitives. Le droit privatif de l'auteur d'interdire ce qui est déjà entièrement prohibé ne lui apporterait pas grand-chose.

36. Enfin, la Chine demande aussi au Groupe spécial de relever que plusieurs aspects de l'allégation des États-Unis, telle qu'elle figure dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, n'ont pas été commentés ou étayés par les États-Unis dans leur première communication écrite. Ce sont les allégations relatives à l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC et celles qui concernent le traitement national. Les États-Unis n'ont pas non plus développé d'arguments au sujet d'un certain nombre de mesures chinoises qu'ils avaient mentionnées dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. L'Organe d'appel a indiqué clairement que la partie plaignante est tenue d'étayer toutes ses revendications par des éléments de preuve *prima facie* dans sa communication écrite. La Chine relève que les États-Unis ne se sont pas acquittés ici de cette charge. Elle demande respectueusement au Groupe spécial de se prononcer contre les États-Unis au sujet des allégations concernant l'article 14 et le traitement national, et au sujet des mesures concernant lesquelles les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments de preuve.

V. CONCLUSION

37. En conclusion, la Chine soutient que les États-Unis n'ont présenté d'argumentation convaincante sur aucune de leurs trois allégations. La Chine espère vivement que le différend prendra fin bientôt, et qu'elle pourra recommencer à coopérer avec ses partenaires commerciaux dans l'intérêt de la protection de la propriété intellectuelle.

ANNEXE B-3

DÉCLARATION ORALE FINALE DE LA CHINE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, avant de commencer sa déclaration orale finale, la Chine voudrait brièvement préciser un point de droit concernant l'interprétation de l'article 61. Hier, plusieurs tierces parties se sont inquiétées de ce que la Chine pourrait demander au Groupe spécial de s'écarter des règles coutumières d'interprétation des traités internationaux pour interpréter l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine ne demande rien de tel, et elle est convaincue qu'elle peut dissiper ces préoccupations en exposant simplement sa position.

2. Le point de vue de la Chine concernant l'interprétation de l'article 61 est le suivant: premièrement, la Chine demande au Groupe spécial de constater que l'obligation énoncée par l'article 61 implique le droit pénal, qui relève des prérogatives souveraines de l'État. C'est la première fois qu'un groupe spécial de l'OMC est appelé à interpréter une obligation touchant au droit pénal.

3. Deuxièmement, la Chine demande au Groupe spécial de noter que le critère de l'article 61 est vague et susceptible d'interprétation. La grande diversité des définitions possibles qui ont été proposées au Groupe spécial ces deux derniers jours le montre à l'évidence.

4. Troisièmement, la Chine demande au Groupe spécial de prendre note du principe d'interprétation généralement admis, le principe *in dubio mitius*. Selon ce principe, lorsqu'une norme conventionnelle est vague ou ambiguë, le Groupe spécial devrait choisir l'interprétation qui a le moins de conséquences pour la souveraineté nationale. Le Groupe spécial ne devrait retenir une interprétation plus intrusive que lorsqu'il est démontré clairement et concrètement que cette interprétation correspondait à l'intention des rédacteurs.

5. La logique qui sous-tend ce principe est que les pays ne doivent pas être facilement présumés avoir cédé de leur souveraineté. Le Groupe spécial doit donc trouver des éléments concrets à l'appui d'une interprétation intrusive impliquant une concession de souveraineté. La Chine relève que l'Organe d'appel de l'OMC a expressément adopté cette règle d'interprétation.

6. Le droit pénal international invoqué par la Chine dans sa première communication écrite montre clairement que ce principe se justifie particulièrement dans le domaine du droit pénal. Les États-Unis plaident pour une application stricte et intrusive de l'article 61. Pour appuyer une telle interprétation, les États-Unis doivent produire des preuves concrètes montrant que cette interprétation est conforme à l'intention des parties, comme l'exige le principe *in dubio mitius*. Ils ne l'ont pas fait et, à la lumière de dispositions de l'Accord sur les ADPIC telles que les articles 1:1 et 41:5, il est évident qu'ils ne seront pas en mesure de le faire.

7. C'est là la "charge" que la Chine a dit incomber aux États-Unis. La Chine ne parle pas d'une charge factuelle de la preuve, mais relève l'incapacité des États-Unis à produire des éléments à l'appui de son interprétation juridique de l'article 61.

8. La Chine espère avoir ainsi dissipé tout malentendu éventuel concernant son argumentation sur ce point.

* * *

9. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, la République populaire de Chine vous est profondément reconnaissante d'avoir bien voulu siéger dans ce différend et vous

remercie de la diligence évidente dont vous avez fait preuve dans votre tâche. La Chine tient aussi beaucoup à remercier le personnel du Secrétariat de l'OMC.

10. La Chine prend ce différend très au sérieux. Elle est venue à Genève avec une délégation nombreuse et de haut niveau, et elle s'est minutieusement préparée à cette réunion. La Chine a l'intention de consacrer beaucoup de soin et d'énergie à ses réponses aux questions du Groupe spécial.

11. Pour la Chine, ce n'est pas seulement une poignée de lois internes qui est en cause dans ce différend – encore que cet aspect soit évidemment extrêmement important. Au-delà cependant, la Chine est convaincue que l'équilibre des droits et obligations réalisé dans l'Accord sur les ADPIC est aussi dans une très large mesure mis en jeu dans ce différend.

12. La Chine considère que le Groupe spécial a devant lui plusieurs tâches très importantes, y compris certaines pour lesquelles il n'existe guère de précédents.

13. L'une de ces tâches consiste à interpréter, pour la première fois à l'OMC, une obligation impliquant le droit pénal. Il est demandé au Groupe spécial de donner à la formule large "échelle commerciale" une interprétation très stricte. La Chine prie instamment le Groupe spécial d'examiner cette question avec soin en tenant compte des règles traditionnelles d'interprétation, qui reconnaissent que les pays ne renoncent pas facilement à leurs pouvoirs souverains. En particulier, la Chine prie le Groupe spécial de se demander si les États-Unis lui ont donné une base suffisante pour considérer que les parties ont entendu l'expression "échelle commerciale" comme imposant un critère strict en droit pénal.

14. Une autre de ces tâches est d'interpréter, pour la première fois à l'OMC, les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Il est demandé au Groupe spécial d'interpréter ces dispositions comme si elles n'avaient que peu ou pas du tout d'effet. La Chine prie instamment le Groupe spécial de tenir compte de l'équilibre politique qui est à l'origine de l'incorporation de ces dispositions. Elle ne cherche pas à se soustraire à ses obligations, mais elle demande au Groupe spécial d'examiner si les États-Unis lui ont donné des raisons de constater que ces dispositions n'ont que peu de sens ou pas de sens du tout.

15. La tâche suivante consiste à déterminer si, aux termes de l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus de donner à leurs services douaniers le pouvoir inconditionnel de détruire les marchandises contrefaites avant qu'il puisse en être fait don à un organisme caritatif sans préjudice pour le détenteur du droit. La Chine continue à ne pas comprendre la position des États-Unis. D'un côté, ceux-ci semblent considérer que les douanes chinoises devraient avoir un pouvoir absolu et sans restriction en matière de destruction. En même temps, ils reprochent aux douanes chinoises l'insuffisance des restrictions en matière de mise hors circuit.

16. Les États-Unis souhaitent que la Chine subordonne les dons aux organismes caritatifs à la condition que, par exemple, il soit déterminé que les marchandises ne sont pas défectueuses. La Chine prévoit en fait une telle condition dans sa loi. Mais le Groupe spécial constatera certainement que la condition selon laquelle les marchandises ne peuvent être données que si elles ne sont pas défectueuses constitue une restriction de la compétence des douanes. C'est une restriction, exactement de la même façon que la condition selon laquelle les marchandises peuvent être détruites seulement si elles ne satisfont pas à certains critères en est une. De même, les États-Unis prévoient dans leur propre loi – et invitent la Chine à prévoir – que le don des marchandises saisies sera subordonné à l'approbation du détenteur de droit. Selon toute apparence, les États-Unis approuvent les conditions encadrant la compétence quand elles leur conviennent et ils les rejettent quand elles ne leur conviennent pas.

17. La dernière tâche du Groupe spécial est d'apprécier la loi chinoise sur le droit d'auteur au regard de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC. À cet égard, le Groupe spécial devrait examiner deux points très importants. Le premier est la protection du droit d'auteur établie par l'article 2 de la loi chinoise sur le droit d'auteur. Cette disposition incorpore au droit chinois les garanties de l'article 5 de la Convention de Berne. Un examen sérieux de l'article 2 permettra de résoudre l'essentiel de la contestation concernant la loi chinoise. Deuxièmement, le Groupe spécial devrait examiner soigneusement le droit d'interdire la publication, qui est reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne. Il devrait se demander s'il est logique de requérir la protection du droit d'auteur pour une œuvre qui a été complètement interdite par une mesure que les pouvoirs publics ont prise, comme le droit international les y autorise.

18. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, ceci conclut notre déclaration. La Chine vous remercie une fois de plus et se fera un plaisir de répondre à vos questions par écrit.

ANNEXE B-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LA CHINE

I. INTRODUCTION

1. Dans le présent différend, les États-Unis ont demandé au présent Groupe spécial d'élargir considérablement la portée des obligations juridiques découlant de l'Accord sur les ADPIC en établissant des obligations dont les rédacteurs ne sont jamais convenus et en empiétant sur des domaines de souveraineté auxquels les Membres n'ont jamais renoncé. La présente communication expose l'interprétation correcte qu'il convient de donner à l'Accord sur les ADPIC, conformément aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne.

2. Dans le même temps, les États-Unis ont systématiquement décrit d'une manière erronée le régime juridique de la Chine. Bien souvent, les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* que les lois chinoises étaient incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

3. Les États-Unis, dans leur première allégation, n'ont pas apprécié la portée des mesures répressives chinoises visant les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et ils n'ont pas démontré que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC imposait aux Membres l'obligation de réprimer par des mesures pénales les atteintes commises à petite échelle. En fait, le régime de droit pénal de la Chine, s'il est bien compris, satisfait pleinement à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, s'il est correctement interprété.

4. Les États-Unis, dans leur deuxième allégation, n'ont pas démontré que le cadre juridique régissant en Chine la mise hors circuit des marchandises saisies par les douanes était incompatible avec les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC. Les douanes chinoises disposent du pouvoir d'écarter les marchandises saisies des circuits commerciaux de façon à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, et elles disposent du pouvoir approprié de détruire les marchandises saisies, si l'on reconnaît qu'il n'a jamais été envisagé dans l'Accord sur les ADPIC que ce pouvoir serait absolu et inconditionnel. Les douanes chinoises satisfont aussi à l'obligation énoncée dans la quatrième phrase de l'article 46 – si elle vaut aussi pour l'article 59 – en mettant en œuvre d'importantes mesures visant à faire en sorte que les contrevenants ne puissent pas récupérer à vil prix leurs marchandises contrefaites.

5. Les États-Unis, dans leur troisième allégation, n'ont pas établi *prima facie* que l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur de la Chine ne protégeait pas les œuvres à diverses étapes de la procédure d'examen du contenu. Les États-Unis avancent uniquement l'argument erroné selon lequel l'article 4(1), tel qu'il est libellé, contrevient à l'Accord sur les ADPIC, mais cet argument est sans fondement: le droit international et, en particulier, l'article 17 de la Convention de Berne, reconnaît clairement le pouvoir souverain d'interdire des œuvres.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION: LES SEUILS D'INFRACTION PÉNALE DE LA CHINE SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

6. Les États-Unis allèguent que la Chine contrevient à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC en n'appliquant pas de procédures ni de sanctions pénales pour les actes de contrefaçon et les violations délibérés commis à une échelle commerciale. Les États-Unis ne comprennent pas le régime de droit pénal chinois; ils n'interprètent pas correctement l'obligation légale énoncée dans l'article 61 de

l'Accord sur les ADPIC et, par conséquent, ils ne reconnaissent pas que le régime de droit pénal chinois met en œuvre fidèlement l'obligation découlant de l'article 61.

7. Tout au long de la présente procédure, les États-Unis ont montré qu'ils avaient une compréhension limitée du système juridique chinois. Dans sa première communication écrite, la Chine a fait état d'un ensemble d'erreurs commises par les États-Unis. Même s'il apparaît que les États-Unis ont corrigé certaines des erreurs qu'ils avaient commises précédemment – s'agissant par exemple de la portée du seuil relatif au volume des activités commerciales illicites ou du caractère alternatif des seuils d'infraction pénale – ils ont répété certaines erreurs et en ont introduites de nouvelles. Certaines tierces parties ont aussi décrit d'une manière erronée le droit chinois.

A. RÉGIME DESTINÉ À FAIRE RESPECTER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN CHINE

8. La Chine traite d'une série de descriptions erronées que les États-Unis ont données du droit chinois en ce qui concerne le régime de propriété intellectuelle, y compris au sujet d'éléments du droit pénal positif, du droit pénal général (subsidiaire) et du droit administratif.

1. Le droit pénal chinois établit des seuils flexibles et de vaste portée pour les poursuites pénales

a) Les lois pénales positives de la Chine en ce qui concerne la propriété intellectuelle

9. La Chine présente une description détaillée de ses lois pénales régissant la propriété intellectuelle. Les États-Unis et les autres parties ont fréquemment décrit d'une manière erronée le droit pénal positif de la Chine.

10. Premièrement, les seuils d'infraction pénale ne sont pas rigides, mais visent un large éventail d'activités. Le droit pénal chinois utilise des seuils alternatifs, qui servent à prendre en considération différentes mesures. Le seuil relatif au volume des activités commerciales illicites, en particulier, est un critère flexible qui prend potentiellement en considération à la fois un petit nombre de produits de grande valeur ou un grand nombre de produits de faible valeur – exactement comme certaines tierces parties le demandent. En outre, le droit pénal chinois s'est adapté aux nouvelles technologies, notamment en assimilant la diffusion sur Internet à la reproduction ou à la distribution au sens de l'article 217 de la Loi pénale.

11. Deuxièmement, la Chine calcule ses seuils d'infraction pénale en prenant en considération des éléments de preuve relatifs à toute la période pendant laquelle a duré l'acte portant atteinte à un droit, ce qui peut représenter plusieurs années. La plupart des exemples hypothétiques auxquels les États-Unis et les tierces parties ont recours condensent indûment la période pendant laquelle il y a eu atteinte à un droit. Il n'y a guère d'exemple fourni par les États-Unis dans la présente procédure qui ne soit tributaire de la non-prise en compte de la période idoine pendant laquelle il y a eu atteinte à un droit. À cet égard, la Chine est étonnée de constater que les États-Unis se plaignent que l'application de sanctions administratives ait pour effet d'effacer l'ardoise – car la seule autre alternative serait de renoncer aux moyens administratifs de faire respecter les droits en ce qui concerne les petites infractions.

12. Troisièmement, le droit pénal chinois prend en considération les produits non finis et les indices fiables d'infraction pénale. La Chine explique plus avant deux affaires mentionnées précédemment, qui démontrent que les tribunaux ont pris en considération des éléments semi-finis ou non finis et aussi des matériaux et instruments indicatifs de l'existence d'une violation.

b) Les lois pénales générales (subsidiaires) relatives à la propriété intellectuelle

13. Les États-Unis et les autres parties au présent différend n'ont pas tenu compte des lois pénales générales de la Chine, qui pourraient être qualifiées, en "common law" occidentale, de lois pénales "subsidiaires". Ces lois visent notamment les infractions inchoatives, telles que la préparation et la tentative, et les délits relevant de la responsabilité du fait d'autrui, tels que l'association de malfaiteurs et la bande organisée.

14. Ces lois pénales générales s'appliquent au volet spécifique des infractions en matière de propriété intellectuelle et élargissent la portée des mesures pénales visant à lutter contre la contrefaçon et le piratage. Ces lois pénales générales prennent en considération les produits non finis, les facteurs non quantitatifs et les éléments organisationnels.

2. Le régime administratif vise les petites infractions (échelle autre que commerciale)

15. La Chine décrit les procédures d'exécution forcée par la voie administrative qui visent à lutter contre les violations de la propriété intellectuelle qui se situent en deçà des seuils d'infraction pénale. Ces procédures sont rapides, efficaces et adaptées au volume élevé de petites infractions. La Chine prend des mesures vigoureuses pour que les petits contrevenants ne puissent en aucune façon être "hors d'atteinte" et que les moyens administratifs mis en œuvre débouchent sur des sanctions importantes à l'encontre des contrevenants.

16. La Chine conteste l'affirmation selon laquelle l'exécution forcée par la voie administrative ne constitue pas un moyen de dissuasion efficace. Ces moyens administratifs peuvent aboutir à des peines un peu moins sévères, mais ils sont bien plus susceptibles de sanctionner de petites violations que les lois pénales comparables aux États-Unis. Contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la Chine estime que l'exécution forcée par la voie administrative constitue une mesure corrective efficace, et non pas sa "mesure corrective privilégiée".

B. RÈGLE JURIDIQUE POUR L'INTERPRÉTATION DU CRITÈRE DE L'ÉCHELLE COMMERCIALE

17. La Chine estime que le Groupe spécial devrait appliquer le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 à la lumière du principe d'interprétation bien admis *in dubio mitius*. L'Organe d'appel de l'OMC a expressément adopté ce principe, qui revêt une justification particulière dans le domaine du droit pénal.

18. Les États-Unis argumentent en faveur d'une application rigoureuse et intrusive de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Pour étayer une telle interprétation, ils doivent démontrer que le critère de l'"échelle commerciale" énoncé à l'article 61 a clairement et précisément le sens qu'ils lui attribuent. Dans la mesure où l'expression "échelle commerciale" est quelque peu obscure ou imprécise, le principe *in dubio mitius* veut que l'interprétation des États-Unis ne puisse pas prévaloir. L'article 61 doit être interprété comme régissant les lois pénales nationales des Membres uniquement dans la limite où les Membres y ont expressément consenti d'une manière non équivoque. La responsabilité de démontrer que les Membres ont expressément consenti d'une manière non équivoque à accepter l'obligation légale d'appliquer des mesures pénales pour lutter contre les actes de contrefaçon et de piratage commis à une petite échelle incombe aux États-Unis. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette charge.

C. L'OBLIGATION ÉNONCÉE DANS L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

19. La principale tâche qui incombe au Groupe spécial dans le cadre du différend en ce qui concerne l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC consiste à déterminer le sens de l'expression "échelle commerciale". Contrairement à ce que déclarent les États-Unis, la Chine s'en est tenue

rigoureusement aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités lorsqu'elle a expliqué le sens de l'expression "échelle commerciale".

1. Sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale"

20. Les États-Unis ne donnent pas un sens ordinaire raisonnable et étayable à l'expression "échelle commerciale". Leur affirmation selon laquelle l'expression "échelle commerciale" désigne toute activité lucrative ne résiste pas à l'examen. Les États-Unis n'ont pas non plus dûment réfuté l'affirmation de la Chine selon laquelle l'expression "échelle commerciale" établissait un critère large visant toute activité d'une ampleur considérable.

a) Les États-Unis ne donnent pas une définition raisonnable de l'expression "échelle commerciale"

21. Les États-Unis donnent des définitions incohérentes de l'expression "échelle commerciale". Dans leurs communications précédentes, ils ont donné une définition de l'expression "échelle commerciale" qui englobait toute activité lucrative. Toutefois, ils ont aussi fait des déclarations qui sont incompatibles avec cette définition, en affirmant que ce qui constituait un acte commis à une échelle commerciale pouvait varier d'une situation à l'autre en fonction d'un certain nombre de facteurs.

22. La définition de l'expression "échelle commerciale" retenue par les États-Unis a aussi pour effet d'exclure de l'expression le terme "échelle", ce qui la rend synonyme de "but commercial" ou de "commercial". Cette définition revient à réécrire le texte de l'article 61 avec des termes qui ont été explicitement écartés et rejetés dans le cadre des débats à l'OMPI et de ceux concernant l'Accord sur les ADPIC.

23. Contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, les définitions que donne le dictionnaire des différents termes d'une expression ne permettent pas d'en définir le "sens ordinaire" d'une manière probante au titre de l'article 31(1) de la Convention de Vienne, de même que n'est pas déterminante l'absence de définition d'une expression dans le dictionnaire. Le critère essentiel en ce qui concerne le sens ordinaire est la façon dont les termes sont couramment utilisés. La Chine a fourni de multiples exemples dans lesquels l'expression "échelle commerciale" était utilisée pour désigner une activité d'une ampleur considérable, tandis que les États-Unis n'ont pas fourni un seul exemple d'utilisation illustrant leur thèse.

24. En outre, le Groupe spécial devrait prendre acte du large éventail de définitions qui ont été proposées pour l'expression "échelle commerciale" au cours de la présente procédure. Ces variations montrent que cette expression était censée être flexible et susceptible d'interprétations différentes, et elles soulignent la prééminence et l'importance du principe légal *in dubio mitius*. Au vu de ces interprétations contradictoires, et de l'ambiguïté ou de l'imprécision sous-jacente apparente, l'expression "échelle commerciale" devrait être interprétée avec prudence et de façon à interférer le moins possible avec la souveraineté des Membres.

b) Le sens ordinaire de l'expression "échelle commerciale" est – en gros – activité d'une ampleur considérable

25. La Chine estime que le critère essentiel en ce qui concerne le sens de l'expression "échelle commerciale" devrait être la façon dont l'expression est effectivement utilisée, et elle propose une définition de l'expression "échelle commerciale" qui est compatible avec tous les éléments de preuve disponibles. Les exemples présentés par la Chine démontrent que les gouvernements ont tendance à interpréter l'expression "échelle commerciale" comme désignant une activité d'une ampleur considérable – et non pas une activité économique réalisée à petite échelle.

26. La Chine clarifie le statut juridique de la définition de l'expression "échelle commerciale" énoncée par le Comité d'experts de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie (le "Comité de l'OMPI"). La définition du Comité de l'OMPI ne fait pas simplement partie de l'historique des négociations au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne: elle ne revêt pas un "sens particulier" au titre de l'article 31(4) de cette convention, et elle ne fait pas formellement partie de l'Accord sur les ADPIC. La définition du Comité de l'OMPI est plutôt un exemple intéressant de l'usage courant de l'expression, qui en révèle le "sens ordinaire" dans le cadre du traité, conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne.

27. Les dispositions types pour les lois nationales du Comité de l'OMPI contredisent l'affirmation des États-Unis selon laquelle tout acte effectué dans un but lucratif est effectué à une échelle commerciale: elles indiquent que la "volonté de faire du profit" est seulement un facteur parmi plusieurs. Le Comité de l'OMPI énonce une définition qui est souple, là où les États-Unis s'efforcent apparemment d'imposer un critère spécifique. La définition du Comité de l'OMPI contredit aussi l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'expression "échelle commerciale" recouvre même les activités réalisées à très petite échelle.

28. Les États-Unis accusent la Chine de remplacer l'expression "échelle commerciale" par l'expression "échelle industrielle" et font valoir que si les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC avaient souhaité que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC ne vise que les activités réalisées à une échelle industrielle, ils auraient utilisé cette expression. Toutefois, les États-Unis se méprennent sur la Chine à deux égards: la Chine ne croit pas que l'expression "échelle commerciale" établit un critère aussi élevé que l'expression "échelle industrielle" et n'a jamais décrit l'expression en ces termes; et elle soutient que l'expression "échelle commerciale" définit un critère beaucoup plus large que l'expression "échelle industrielle", et qu'elle a probablement été choisie précisément pour cette raison.

c) Clarification du critère de l'"échelle commerciale": l'incidence de l'infraction, le prix des marchandises contrefaites et le rôle des technologies ne sont pas des facteurs pertinents

29. La Chine clarifie en outre trois éléments particuliers du critère de l'"échelle commerciale". Premièrement, dans le texte même de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, l'expression "échelle commerciale" désigne une mesure de l'activité portant atteinte à un droit, et non pas l'incidence de l'infraction. Par conséquent, interpréter l'expression "échelle commerciale" comme étant une mesure de l'incidence de l'infraction sur le détenteur du droit constituerait une interprétation abusive du texte de l'Accord sur les ADPIC.

30. Deuxièmement, les États-Unis n'ont pas justifié leur prémisse selon laquelle l'incidence sur le détenteur du droit de l'acte portant atteinte à un droit devrait être prise en considération pour déterminer si l'activité est réalisée à une "échelle commerciale". Dans la mesure où l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 prend la juste mesure de l'activité portant atteinte à un droit, il est éminemment logique que les Membres utilisent le prix de la marchandise contrefaite – qui exprime la valeur de l'activité portant atteinte à un droit – lorsqu'ils déterminent le seuil relatif à l'"échelle commerciale".

31. Troisièmement, bien que plusieurs parties aient indiqué que la définition de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 devrait être modifiée de façon à prendre en considération l'évolution des technologies, la Chine ne pense pas qu'une modification de l'obligation légale énoncée par l'article 61 soit appropriée ni nécessaire. Les modifications importantes devraient être examinées dans le cadre de nouveaux accords internationaux. En outre, l'évolution des technologies n'a pas, en fait, porté atteinte au seuil relatif à l'échelle commerciale. À mesure que les technologies s'amélioraient, une proportion beaucoup plus élevée d'activités portant atteinte à un droit sont devenues passibles de mesures pénales.

2. Le contexte juridiquement pertinent de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC montre bien que la notion d'"échelle commerciale" est un critère large et souple

32. Conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. La Chine met en avant plusieurs facteurs contextuels qui mettent à mal l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'article 61 impose une obligation très spécifique aux Membres.

33. Premièrement, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la Chine n'invoque pas les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC en tant que moyen de défense contre l'obligation imposée par l'article 61. Au lieu de cela, la Chine a systématiquement mis en avant les articles 1:1 et 41:5 en tant que contexte pertinent pour l'article 61 lorsque l'on détermine la portée de l'obligation de fond qui y est énoncée. Les articles 1:1 et 41:5 étaient des concessions importantes à l'égard du monde en développement, dont les États-Unis et d'autres tierces parties développées voudraient aujourd'hui faire abstraction. Ces articles militent vivement contre l'interprétation de l'article 61 en tant qu'obligation d'appliquer des mesures pénales à l'encontre de tout acte engagé dans un but lucratif, car cette règle serait incompatible avec le système juridique de la Chine et exigerait la réaffectation des moyens de répression.

34. Deuxièmement, l'une des tierces parties fait valoir que les deuxième, troisième et quatrième phrases de l'article 61 utilisent une formulation souple, tandis que la première phrase contient une règle stricte obligeant les Membres de l'OMC à prévoir des mesures répressives pour lutter contre les actes de contrefaçon et les violations délibérés, ce qui implique que la première phrase n'accorde aucune latitude. Cet argument est sans fondement parce que l'article 61 n'énonce pas une "règle stricte" en ce qui concerne la portée de l'expression "échelle commerciale". En outre, la deuxième phrase ménage une certaine flexibilité en ce qui concerne le choix de la sanction. Si la première phrase était interprétée comme prescrivant au Membre de sanctionner les petites violations par des mesures pénales, la flexibilité admise dans la deuxième phrase – qui donne à penser que dans certains systèmes de droit pénal, il n'est pas nécessaire de sanctionner les petites violations – poserait un problème particulièrement épineux. Ainsi, la deuxième phrase de l'article 61 constitue effectivement un contexte pertinent: sa flexibilité même démontre qu'interpréter l'article 61 comme imposant un critère exigeant et spécifique constitue une erreur.

35. Troisièmement, la Chine met en avant d'autres facteurs contextuels qui justifient la prise en considération du sens de l'expression "échelle commerciale" dans le cadre de tout examen. Ni l'Accord sur les ADPIC, ni la Convention de Berne ne comportent de définitions complètes des expressions "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce" et "piratage portant atteinte à un droit d'auteur". En outre, le vague libellé de portée générale de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC contraste de façon marquée avec les dispositions très détaillées figurant dans les articles 42 à 49 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que dans les parties pertinentes de l'Accord antidumping et de l'Accord SMC. Lorsque les rédacteurs des instruments de l'OMC ont voulu énoncer des règles précises, ils l'ont fait sans ambiguïté. L'absence d'une telle clarté dans l'article 61 indique qu'ils n'avaient pas cette intention. Ces exemples militent contre une interprétation de l'expression "échelle commerciale" qui établirait un critère rigoureux et précis; néanmoins, les États-Unis n'ont pas encore fait mention de l'un ou l'autre de ces facteurs.

3. L'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC confirment qu'"échelle commerciale" est un critère large et souple

36. L'article 31(1) de la Convention de Vienne dispose que, outre le contexte, l'"objet et le but" du traité devraient être pris en considération lorsque l'on détermine le sens du traité. Le but de l'Accord sur les ADPIC était de trouver un juste équilibre entre la protection des droits de propriété

intellectuelle et la déférence à l'égard des systèmes juridiques et des objectifs de politique générale publique des Membres. Cet équilibre – entre des moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et la déférence à l'égard des Membres – est compatible avec l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 en tant que critère large et souple.

4. La pratique ultérieure des Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC démontre que l'échelle commerciale constitue un critère large qui fait référence à une activité d'une ampleur considérable

37. L'article 31(3) de la Convention de Vienne dispose que les parties devraient tenir compte de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. La pratique ultérieurement suivie par les Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC confirme elle aussi que l'expression "échelle commerciale" n'a généralement jamais été entendue comme faisant référence à une activité lucrative.

38. Premièrement, la pratique des États-Unis en ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation qui leur incombe au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC montre qu'ils ont implicitement interprété l'expression "échelle commerciale" comme désignant une ampleur considérable, comme en témoignent un manuel du Département de la justice des États-Unis et les poursuites engagées aux États-Unis en matière de propriété intellectuelle. L'article 61 dispose que les Membres "prévoiront des procédures pénales et des peines applicables". L'examen d'un échantillon de poursuites engagées par les autorités fédérales aux États-Unis montre que, dans les 60 affaires se rapportant à un acte de piratage portant atteinte à un droit d'auteur pour lesquelles on disposait de renseignements concernant la valeur des marchandises, les autorités des États-Unis ont engagé des procédures pénales visant les actes liés à des violations représentant au moins 2 000 dollars. Étant donné que la pratique des États-Unis consiste à appliquer les lois pénales en matière de propriété intellectuelle aux actes de contrefaçon et de piratage commis à grande échelle, la pratique des États-Unis montre que les atteintes commises "à une échelle commerciale" sont des atteintes commises à grande échelle.

39. Deuxièmement, le Canada a dit explicitement que le critère de l'"échelle commerciale" visait des atteintes commises à grande échelle. Bien que le Canada émette de faibles protestations à l'effet contraire, sa pratique, conformément à la Politique d'application du droit d'auteur, consiste à appliquer des mesures pénales uniquement à l'encontre des infractions commises à grande échelle.

40. Troisièmement, les États-Unis n'ont toujours pas répondu à l'argument de la Chine selon lequel, dans une série d'accords de libre-échange (ALE) postérieurs à l'Accord sur les ADPIC, ils ont inclus une définition explicite de l'expression "échelle commerciale" indiquant qu'il s'agissait d'"atteintes délibérées aux fins de l'obtention d'un avantage ou d'un bénéfice commercial", qui s'éloignait notablement du critère de l'"échelle commerciale".

5. L'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC confirme que l'expression "échelle commerciale" était censée établir un critère large visant une activité d'une ampleur considérable

41. L'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31. Cela peut inclure les travaux préparatoires du traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu. L'historique des négociations est utile pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, mais les États-Unis ne se sont pas encore prononcés sur cette question.

42. La dernière phrase de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC repose sur la définition que le Comité de l'OMPI a donnée à l'expression "échelle commerciale". Les délégations assistant à la séance plénière de l'OMPI ont explicitement distingué l'expression "échelle commerciale" de

l'expression "dans un but commercial" ou "en vue d'en retirer un avantage commercial". Les parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC ont repoussé les efforts déployés à la fois par les États-Unis et le Canada pour que l'expression "échelle commerciale" soit remplacée par "commercial". Ainsi, les termes avaient manifestement pour elles des sens différents, et il est clair que les parties à la négociation n'ont pas souscrit au sens de "commercial".

D. LA CHINE A PLEINEMENT MIS EN ŒUVRE SON OBLIGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

43. La Chine a satisfait à son obligation au titre de l'article 61 en établissant des mesures pénales visant les atteintes commises à une "échelle commerciale". Malgré les arguments des États-Unis à l'effet contraire, la Chine l'a fait d'une manière qui est appropriée compte tenu de son contexte juridique et commercial.

1. La Chine a mis en œuvre l'article 61 dans son contexte juridique et commercial

44. Le Groupe spécial doit d'abord examiner la question de savoir si les seuils d'infraction pénale en matière de propriété intellectuelle sont appropriés dans l'économie du droit chinois. La Chine fixe des seuils d'infraction pénale pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle qui font pendant à ceux établis pour d'autres activités illégales. Les Membres sont en droit de mettre en œuvre, autant que faire se peut, l'obligation résultant de l'article 61 dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques (article 1:1), et de manière à éviter la réaffectation des moyens de répression (article 41:5). En outre, la deuxième phrase de l'article 61 enjoint aux Membres d'appliquer des sanctions pénales qui sont comparables à celles dont sont passibles d'autres délits. Ainsi, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la façon dont les lois pénales chinoises relatives aux droits de propriété intellectuelle s'intègrent dans le cadre plus large de l'ordre juridique chinois est essentielle pour déterminer si la Chine met en œuvre de bonne foi le critère de l'"échelle commerciale".

45. La deuxième question est celle de savoir si les seuils chinois sont appropriés dans le contexte du commerce chinois. Le seuil chinois de 50 000 renminbi (6 900 dollars EU) relatif au volume d'activités commerciales illicites représente moins de 1 pour cent du revenu annuel des entreprises industrielles qui sont officiellement de "petite taille" et moins de 25 pour cent du revenu annuel des entreprises individuelles ou familiales (plus petite unité économique prise en compte par la Chine). La Chine a établi des seuils d'infraction pénale qui mettent en évidence toute violation d'ampleur raisonnable. En outre, le revenu par habitant mis en avant par les États-Unis est une unité de mesure inappropriée de l'activité à l'échelle commerciale. L'"échelle commerciale" n'est pas une mesure de ce que gagnent les particuliers – c'est une mesure de l'activité commerciale. Le PIB par habitant n'est pas une mesure liée à l'activité commerciale, et encore moins à l'activité à l'"échelle commerciale".

2. L'article 61 ne prescrit pas que les autorités des Membres soient tenues d'appliquer des critères hautement discrétionnaires

46. L'expression "échelle commerciale" est un critère large et souple, et la définition qu'en donne le Comité de l'OMPI indique que divers facteurs peuvent être pris en considération aux fins de son application. Cela ne signifie pas que les Membres ont l'obligation, au titre de l'Accord sur les ADPIC, d'appliquer un critère hautement discrétionnaire, mais simplement qu'ils disposent d'une certaine flexibilité aux fins de son application.

47. La définition de l'expression "échelle commerciale" donnée par le Comité de l'OMPI est un très bon exemple de l'usage courant de l'expression, sur lequel les parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC se sont appuyées. Toutefois, la définition du Comité de l'OMPI ne fait pas formellement

partie de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, le Groupe spécial devrait repousser toute exhortation à incorporer la définition du Comité de l'OMPI dans l'Accord sur les ADPIC.

48. En vertu de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont le droit de mettre en œuvre les obligations dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. Agissant dans le cadre de leur discrétion souveraine et de leur système juridique, les Membres peuvent avoir légitimement intérêt à réprimer uniformément les activités illégales, quels que soient les marchés, les produits, les opérateurs et les régions. Les systèmes juridiques des Membres peuvent aussi être incompatibles avec des notions de pouvoir discrétionnaire judiciaire qui leur sont étrangères. Ainsi, même si la notion d'"échelle commerciale" admet des critères hautement discrétionnaires, l'Accord sur les ADPIC ne les exige pas; il milite plutôt en faveur de critères qui sont compatibles avec la discrétion raisonnable des Membres dans le cadre de leurs systèmes et pratiques juridiques.

3. Des exemples hypothétiques ne démontrent pas que la Chine n'a pas mis en œuvre l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

49. Les États-Unis et plusieurs autres parties ont présenté une étonnante série d'exemples hypothétiques afin de tenter de démontrer que la Chine ne se conforme pas à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Ces exemples hypothétiques ne prouvent rien. Les États-Unis, en tant que partie plaignante, doivent fournir des éléments de preuve établissant que les lois chinoises ont pour effet d'exclure une catégorie d'infractions qui répond au critère de l'"échelle commerciale". Des exemples hypothétiques ne sont pas des éléments de preuve suffisants. En outre, les exemples hypothétiques qui ont été présentés au cours de la présente procédure sont entachés d'erreurs et dénaturent le droit chinois.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION: LES MESURES DE LA CHINE CONCERNANT LA DISPOSITION DES MARCHANDISES SAISIES SONT COMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DE LA CHINE AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

50. Les États-Unis n'ont pas démontré que le cadre légal dans lequel opèrent les douanes chinoises en ce qui concerne les marchandises saisies est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. Ils n'ont pas démontré que les douanes chinoises n'étaient pas dûment habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, ni que les douanes chinoises ne disposaient pas du pouvoir de destruction voulu au regard de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis n'ont pas non plus démontré que le recours à la vente aux enchères par les douanes chinoises – de pair avec l'élimination de tous les éléments contrefaits et l'imposition d'un prix de réserve visant à éviter que le contrevenant ne retire un quelconque avantage économique – était incompatible avec la quatrième phrase de l'article 46. La Chine a mis en œuvre pleinement et de bonne foi les obligations résultant pour elle de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les marchandises saisies.

A. LA CHINE SE CONFORME PLEINEMENT AUX DISPOSITIONS DE LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 46, TELLES QU'ELLES S'APPLIQUENT AUX DOUANES CHINOISES EN VERTU DE L'ARTICLE 59

51. La première phrase de l'article 46, telle qu'elle est incorporée dans l'article 59, impose deux obligations aux Membres. Premièrement, ils doivent habiliter leurs services douaniers à écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaites, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Deuxièmement, ils doivent habiliter leurs services douaniers à détruire les marchandises contrefaites. La Chine a satisfait à la première obligation en habilitant dûment les douanes à faire don des marchandises contrefaites qui ont été saisies à des organismes d'aide sociale ou à conclure une opération de vente volontaire avec le détenteur du droit qui souhaite acheter les marchandises. Elle a satisfait à la deuxième obligation en conférant aux douanes le pouvoir de

détruire les marchandises contrefaites. Étant donné que la Chine a pleinement satisfait à ces deux obligations, l'Accord sur les ADPIC ne lui interdit pas d'autoriser les douanes à avoir recours à d'autres moyens de disposition.

1. Les États-Unis n'ont pas établi que les douanes ne disposaient pas du pouvoir de mise hors circuit

52. Les États-Unis n'ont pas démontré que les douanes chinoises n'étaient pas habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Dès lors que les douanes disposent d'un moyen qui évite effectivement de causer un préjudice au détenteur du droit, elles sont véritablement habilitées à écarter les marchandises contrefaites des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, conformément à l'Accord sur les ADPIC.

a) Le don à des organismes d'aide sociale tient du pouvoir de mise hors circuit prévu par l'Accord sur les ADPIC

53. Les douanes chinoises sont habilitées à faire don des marchandises saisies à la Société chinoise de la Croix-Rouge (la "Croix-Rouge") ainsi qu'à d'autres organismes d'aide sociale de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Les douanes peuvent uniquement faire don de marchandises utiles à des fins d'aide sociale (pas de produits de luxe ni de marchandises défectueuses); et les douanes sont légalement tenues de faire en sorte que les marchandises données soient correctement et exclusivement utilisées par des organismes d'aide sociale. La loi chinoise dispose que les dons faits à d'autres organismes d'aide sociale doivent rester en dehors des circuits commerciaux. Les États-Unis n'ont fourni au Groupe spécial aucun élément de preuve indiquant qu'un préjudice avait été causé à des détenteurs de droits en raison des dons que les douanes font à la Croix-Rouge et à d'autres organismes de charité.

54. En vertu du droit chinois, les organismes d'aide sociale ne sont pas autorisés à vendre des marchandises contrefaites qui leur ont été données par les douanes. Par conséquent, en donnant toutes ces marchandises, les douanes évitent de causer un préjudice au détenteur du droit.

55. En outre, le mémorandum d'accord légalement contraignant conclu entre les douanes et la Croix-Rouge fait en sorte que les marchandises dont il a été fait don sont utilisées exclusivement à des fins d'aide sociale. Les douanes sont clairement habilitées à ordonner le don de marchandises contrefaites à la Croix-Rouge et, ainsi, par définition, elles sont habilitées à ordonner que ces marchandises soient écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

b) La cession à des détenteurs de droits tient du pouvoir de mise hors circuit prévu par l'Accord sur les ADPIC

56. Les douanes chinoises sont aussi habilitées à vendre les marchandises saisies au détenteur intéressé. Ce moyen de disposition évite manifestement de causer un quelconque préjudice au détenteur du droit, parce que celui-ci n'achèterait pas volontairement les marchandises s'il n'en retirait pas un avantage.

2. Les États-Unis n'ont pas établi que les douanes ne disposaient pas du pouvoir de destruction

57. Les États-Unis n'ont pas démontré non plus que les douanes chinoises n'étaient pas habilitées à ordonner la destruction des marchandises contrefaites. La Chine a conféré aux douanes le pouvoir de destruction voulu au sens des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC.

a) L'Accord sur les ADPIC n'exige pas un pouvoir absolu

58. Les États-Unis affirment que le "pouvoir" requis par l'Accord sur les ADPIC doit être absolu et inconditionnel. Cette affirmation va à l'encontre de la pratique des États-Unis et d'autres Membres, des arguments que les États-Unis ont avancés dans d'autres occasions dans le cadre de la présente procédure et d'un large éventail de réglementations légitimes. L'allégation des États-Unis – selon laquelle la Chine ne peut en aucune manière assortir de conditions le pouvoir de destruction qu'elle confère aux douanes – est indéfendable à la lumière de toute interprétation raisonnable de l'Accord sur les ADPIC.

b) Le pouvoir de destruction conféré aux douanes chinoises est un pouvoir approprié au regard de l'Accord sur les ADPIC

59. Tous les éléments de preuve dont dispose le Groupe spécial indiquent que le "pouvoir" conféré au titre des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC peut être assorti de certaines conditions. À ce jour, les États-Unis n'ont avancé aucun argument concernant la raison pour laquelle le pouvoir de destruction conféré aux douanes chinoises n'était pas approprié au titre de l'Accord sur les ADPIC. La Chine propose quatre éléments permettant d'éclairer l'analyse pertinente.

i) Pouvoir discrétionnaire

60. Les douanes disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer d'une façon subjective si la marchandise contrefaite satisfait aux critères applicables pour chacun des moyens de disposition et, par conséquent, pour déterminer si elle doit être détruite. Lorsque les douanes déterminent qu'une marchandise contrefaite satisfait aux critères relatifs à un moyen de disposition, elles ont l'obligation légale de procéder de cette manière.

ii) Autonomie

61. Les douanes disposent d'une autonomie complète lorsqu'elles déterminent si la marchandise contrefaite doit être détruite. Leurs décisions ne sont pas subordonnées à l'approbation d'une tierce partie, ce qui pourrait effectivement limiter le pouvoir dont disposent les services douaniers.

iii) Intérêts légitimes des pouvoirs publics

62. Chacun des moyens particuliers correspond à des intérêts légitimes des pouvoirs publics qui sont compatibles avec la discrétion souveraine dont jouit la Chine en vertu de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, comme préférer que les marchandises soient utiles d'un point de vue social en en faisant don à des organismes de charité.

iv) Principes énoncés dans les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC

63. Les quatre moyens de disposition employés par les douanes sont compatibles avec les principes énoncés dans les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'ils ont effectivement un effet dissuasif et évitent de causer un préjudice au détenteur du droit.

3. Outre la mise hors circuit et la destruction, l'Accord sur les ADPIC autorise les Membres à vendre aux enchères des marchandises auparavant contrefaites

64. La Chine a satisfait à son obligation au titre de la première phrase de l'article 46 telle qu'elle est incorporée dans l'article 59, qui consiste à conférer aux douanes le pouvoir de mise hors circuit et le pouvoir de destruction appropriés. Les Membres ont parfaitement le droit, en vertu de l'Accord sur

les ADPIC, d'autoriser leurs services douaniers à avoir recours à des moyens de disposition autres que la mise hors circuits commerciaux et la destruction.

a) Les États-Unis admettent désormais que la vente aux enchères est compatible avec la première phrase de l'article 46

65. Les Membres sont manifestement en droit, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, d'autoriser leurs services douaniers à procéder à des ventes aux enchères. Si un Membre confère le pouvoir de mise hors circuit et de destruction, alors il peut aussi autoriser la vente aux enchères, conformément avec la première phrase de l'article 46. Les États-Unis admettent désormais ce point.

b) La vente aux enchères est compatible avec les principes énoncés dans la première phrase de l'article 46

66. La procédure de vente aux enchères à laquelle les douanes chinoises ont recours est parfaitement compatible avec les principes énoncés dans l'article 46. Premièrement, la vente aux enchères n'est pas moins dissuasive que le don ou la destruction; l'établissement d'un prix de réserve par les douanes dans le cadre de la vente aux enchères garantit que les contrevenants n'auront pas la possibilité de récupérer les marchandises saisies à vil prix et de les utiliser dans le but de poursuivre leur activité de contrefaçon. Deuxièmement, la vente aux enchères des marchandises saisies n'est pas plus préjudiciable au détenteur du droit que le don ou la destruction. Les douanes ne vendent les marchandises saisies aux enchères que lorsqu'elles ont éliminé tous les éléments contrefaits afin d'éviter de causer un dommage au détenteur du droit.

B. LA CHINE SE CONFORME PLEINEMENT À TOUTES LES OBLIGATIONS ÉNONCÉES DANS LA QUATRIÈME PHRASE DE L'ARTICLE 46, TELLES QU'ELLES SONT RÉITÉRÉES DANS L'ARTICLE 59 – ET LES ÉTATS-UNIS N'ONT FOURNI AUCUN ÉLÉMENT DE PREUVE À L'EFFET CONTRAIRE

67. La Chine est pleinement en conformité avec l'article 59. Les États-Unis n'ont pas démontré que la quatrième phrase de l'article 46 était incorporée dans l'article 59 et, par conséquent, qu'elle s'appliquait aux douanes chinoises. Même si la quatrième phrase de l'article 46 était interprétée comme étant d'application, les mesures des douanes chinoises seraient conformes à cette disposition.

1. La quatrième phrase de l'article 46 n'est pas incorporée dans l'article 59

68. Les États-Unis affirment à tort que la quatrième phrase de l'article 46 est incorporée dans l'article 59. Les principes pertinents de l'article 46 – qui sont incorporés dans l'article 59 – sont ceux qui concernent le pouvoir d'ordonner la mise hors circuit ou la destruction. La quatrième phrase de l'article 46 est sans rapport avec le pouvoir de mettre hors circuit ou de détruire; et elle n'explicite pas le pouvoir requis. Elle définit plutôt les circonstances dans lesquelles les autorités nationales peuvent introduire des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux.

2. La Chine se conforme pleinement aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46

69. Même si l'on interprétait la quatrième phrase de l'article 46 comme étant incorporée dans l'article 59, la Chine serait pleinement en conformité. Les douanes chinoises se conforment aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46, parce qu'elles prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite afin d'empêcher que les contrevenants ne récupèrent les marchandises saisies à vil prix. L'interprétation que les États-Unis donnent à la quatrième phrase est incompatible avec le texte même.

a) La quatrième phrase de l'article 46 empêche les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, ce qui leur permettrait d'en tirer un profit indu

70. Les États-Unis font valoir à tort que la quatrième phrase de l'article 46 interdit catégoriquement d'introduire dans les circuits commerciaux des marchandises saisies qui ont été contrefaites, si ce n'est dans des "circonstances exceptionnelles". Si les autorités prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite et qui empêchent ainsi les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, les autorités peuvent alors introduire ces marchandises dans les circuits commerciaux.

71. Premièrement, la quatrième phrase de l'article 46 ne réserve pas aux "circonstances exceptionnelles" l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises contrefaites qui ont été saisies. Les États-Unis mésinterprètent le texte même de la quatrième phrase de l'article 46 afin de ne réserver qu'aux circonstances exceptionnelles l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises contrefaites qui ont été saisies. La quatrième phrase n'impose pas une interdiction, mais plutôt un seuil qui, lorsqu'il est atteint au moyen de mesures allant au-delà du "simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite", permet l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux.

72. Deuxièmement, l'idée maîtresse et le sens courant de la quatrième phrase de l'article 46, en particulier du terme "introduction", ne sont pas la vente publique de la marchandise saisie, mais le retour de la marchandise au contrevenant – qui pourrait alors la réintroduire dans les circuits commerciaux.

73. De même, l'exemption pour "circonstances exceptionnelles" au titre de la quatrième phrase de l'article 46 – et la restriction relative à l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises saisies – concernent la remise des marchandises saisies au contrevenant. Si cette exception concerne exclusivement la remise des marchandises saisies aux contrevenants, alors il en va de même de la portée de la restriction elle-même.

74. Troisièmement, la quatrième phrase de l'article 46 vise à empêcher les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies, après que seules les marques aient été retirées. Il ressort de l'historique des négociations que le but de la quatrième phrase de l'article 46 est de faire en sorte que les autorités privent les contrevenants des avantages économiques liés aux marchandises, pas d'empêcher le retour des marchandises saisies dans les circuits commerciaux.

b) Les douanes chinoises satisfont aux dispositions de la quatrième phrase de l'article 46

75. Les douanes chinoises satisfont à toute obligation résultant de la quatrième phrase de l'article 46 parce que, avant la vente aux enchères, elles prennent des mesures qui vont au-delà du simple retrait de la marque contrefaite et qui empêchent ainsi les contrevenants de récupérer à vil prix les marchandises saisies: elles éliminent tous les éléments contrefaits et pas seulement la marque contrefaite; elles demandent formellement au détenteur du droit de présenter des observations; et, ce qui est plus important, elles fixent un prix de réserve, sur la base d'une expertise, pour la vente aux enchères des marchandises saisies. Ces mesures sont manifestement suffisantes au regard de la quatrième phrase de l'article 46 pour permettre l'introduction dans les circuits commerciaux dans le cadre d'une vente aux enchères.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION: LES MESURES DE LA CHINE VISANT À PROTÉGER ET À FAIRE RESPECTER LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES SONT COMPATIBLES AVEC SES OBLIGATIONS DANS LE CADRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

76. S'agissant de la troisième allégation, la principale affirmation des États-Unis a toujours été qu'en raison de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur, la Chine ne protégeait pas le droit d'auteur sur des œuvres à différentes étapes de la procédure d'examen du contenu. En fait, comme la Chine l'a démontré, les efforts déployés par les États-Unis pour établir un lien entre l'article 4(1) et la procédure d'examen du contenu sont entachés d'un vice rédhibitoire.

77. La Chine note que les États-Unis semblent désormais formuler l'argument selon lequel l'article 4(1), tel qu'il est libellé, contrevient à l'Accord sur les ADPIC. C'est aussi une affirmation erronée. La Chine a démontré que le pouvoir souverain d'interdire des œuvres, reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne, permet effectivement aux Membres ayant adhéré à l'Accord sur les ADPIC de maintenir une disposition légale telle que l'article 4(1). La Chine note aussi que les États-Unis n'ont pas démontré que l'article 4(1) avait le moindre effet défavorable sur la protection du droit d'auteur en Chine.

A. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS FOURNI D'ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* EN CE QUI CONCERNE PRATIQUEMENT TOUTES LES THÉORIES JURIDIQUES QU'ILS ONT AVANCÉES DANS LE CADRE DE LEUR TROISIÈME ALLÉGATION

78. S'agissant de l'ensemble des théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu (dénommées collectivement "théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu" dans la présente section), les États-Unis n'ont fourni au Groupe spécial aucun élément de preuve à l'appui de leurs théories. En revanche, la Chine a fourni au Groupe spécial des éléments de preuve pertinents réfutant les théories des États-Unis. Par conséquent, le Groupe spécial est aux prises avec une situation dans laquelle les États-Unis n'ont apporté aucun élément de preuve à l'appui de leurs allégations. Selon les règles de l'OMC, les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* le bien-fondé de leurs allégations.

1. Le droit de l'OMC exige que soit déboutée la partie plaignante qui n'établit pas le bien-fondé de son allégation

79. Les États-Unis ont contesté "en tant que tel" l'article 4(1). L'Organe d'appel a dit qu'il "suppos[ait]" que les mesures visées par des contestations "en tant que tel" avaient "normalement fait l'objet, conformément au droit interne, d'un examen approfondi … afin d'assurer leur compatibilité avec les obligations internationales du Membre" et qu'il existait une forte présomption et qu'il y avait tout lieu de croire que la mesure n'était "pas incompatible avec ces obligations".

2. Les théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu partent du principe que la protection du droit d'auteur est subordonnée à l'examen du contenu, mais les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve à l'appui de cette allégation

80. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont allégué à tort que la Chine ne protégeait pas le droit d'auteur en ce qui concerne 1) les œuvres dont le résultat de l'examen du contenu n'était pas encore connu, 2) la version non révisée d'une œuvre qui avait été révisée pour que son contenu passe l'examen avec succès, 3) les œuvres dont le contenu avait été refusé à l'issue de l'examen, et 4) les œuvres qui n'avaient jamais été soumises à l'examen.

81. Les États-Unis, lorsqu'ils formulent leurs théories relatives à l'examen du contenu, doivent s'acquitter clairement en particulier de la charge de prouver dans les faits que l'article 4(1) est un régime d'autorisation préalable à la publication.

82. À aucun moment les États-Unis ne citent un seul élément à l'appui de cette thèse. Apparemment, les États-Unis présument que cette idée ressort du texte de façon évidente. Mais le texte de l'article 4(1) ne dit rien au sujet de l'examen du contenu, et la réglementation relative à l'examen du contenu ne dit rien au sujet du droit d'auteur. En fait, les théories des États-Unis relatives à l'examen du contenu ne sont nullement étayées par le libellé du texte.

3. L'allégation des États-Unis selon laquelle la Chine ne protège pas le droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres dont la distribution n'a pas encore été autorisée en Chine est manifestement erronée: les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* le bien-fondé de leur allégation

83. La Chine n'a pas l'obligation de prouver que sa loi est compatible avec les règles de l'OMC. La charge incombe aux États-Unis. La charge de réfuter une allégation n'est pas déplacée vers la partie défenderesse, sauf si la partie plaignante fournit des éléments *prima facie* suffisants. Toutefois, la Chine a fourni au Groupe spécial et aux États-Unis des éléments de preuve factuels et une analyse juridique exhaustifs qui démontrent le fonctionnement de ses lois.

a) La Chine a fourni une analyse juridique exhaustive, étayée par des éléments de preuve, afin de démontrer que la protection du droit d'auteur n'était pas subordonnée à l'examen du contenu

84. La procédure d'examen du contenu demeure, du point de vue administratif, distincte du droit d'auteur. Comme la Chine l'a expliqué en détail dans sa première communication écrite et dans ses réponses aux questions du Groupe spécial, l'examen du contenu est réalisé par un certain nombre d'organismes relevant du Conseil des affaires de l'État. Les organismes chargés de l'examen du contenu n'appliquent pas l'article 4(1), pas plus qu'ils n'appliquent les lois sur le droit d'auteur.

b) Les avis rendus dans le cadre de l'affaire Zheng Haijin confirment que les œuvres bénéficient de la protection conférée par le droit d'auteur, indépendamment de leur statut en ce qui concerne l'autorisation de publier

85. L'affirmation des États-Unis selon laquelle les œuvres qui n'ont pas été examinées sont illégales est tout simplement fausse. Pour illustrer ce fait, la Chine a présenté une analyse de l'affaire *Zheng Haijin* dans sa première communication écrite. La signification essentielle de l'affaire *Zheng Haijin* est que, même si une œuvre contrevient à la réglementation en matière de publication – par exemple, une œuvre distribuée sans autorisation ou sans que l'examen prescrit n'ait été achevé – elle est néanmoins protégée par la Loi sur le droit d'auteur dès lors que son contenu n'est pas illégal.

c) L'affirmation des États-Unis selon laquelle l'action engagée par la NCAC pour assurer le respect d'un droit dans l'affaire *Shrek II* ne relevait pas de la Loi sur le droit d'auteur est manifestement fausse

86. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont avancé la thèse selon laquelle, dans l'affaire *Shrek II*, la NCAC avait engagé une action en application des lois sur la concurrence déloyale, et non au titre de la Loi sur le droit d'auteur. À partir de cette observation inexacte, les États-Unis sont arrivés à la conclusion que la NCAC n'avait pas agi en application de la Loi sur le droit d'auteur, parce que l'œuvre *Shrek II* n'avait pas encore été examinée et que, par conséquent, elle ne pouvait pas bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur. La Chine a démontré le contraire: non seulement la NCAC pouvait engager une action en application de la Loi sur le droit d'auteur, mais elle l'a fait. La Chine a clarifié cette question dans sa première communication écrite.

B. ABSTRACTION FAITE DE LA CHARGE DE LA PREUVE, LA CHINE A DÉMONTRÉ QUE LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR N'ÉTAIT PAS SUBORDONNÉE À UNE FORMALITÉ

87. En Chine, le droit d'auteur est accordé automatiquement, sans aucune formalité. L'article 5(2) de la Convention de Berne concerne des prescriptions administratives telles que l'apposition d'une marque, l'enregistrement, le dépôt d'exemplaires ou le paiement de taxes. La Chine n'impose pas de telles exigences aux auteurs visés par la Convention de Berne, que ce soit avant l'octroi du droit d'auteur ou avant de le faire respecter. Même si, pour certaines œuvres, l'examen du contenu peut être qualifié de formalité préalable à la publication, il ne peut en aucun cas être qualifié de formalité préalable à l'exercice du droit d'auteur. Les affaires de droit d'auteur ne relèvent pas du système d'examen du contenu. Comme la Chine l'a indiqué, dans l'affaire *Zheng Haijin*, la NCAC tout comme la Cour populaire suprême ont affirmé que, en droit chinois, c'était l'illégalité effective du contenu qui était en cause dans les affaires relevant de l'article 4(1), pas le processus d'examen du contenu lui-même.

C. L'AFFIRMATION DES ÉTATS-UNIS SELON LAQUELLE LE LIBELLÉ DE L'ARTICLE 4(1) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR CONTREVIENT À L'ACCORD SUR LES ADPIC EST FAUSSE EN FAIT ET EN DROIT

88. Étant donné que les États-Unis n'ont pas étayé leurs théories relatives à l'examen du contenu, il ne leur reste qu'un argument: l'affirmation selon laquelle le texte de l'article 4(1), indépendamment de la façon dont il est susceptible d'être appliqué, contrevient à l'article 5(1) de la Convention de Berne et, partant, empêche de faire respecter les droits, comme le prévoient les articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis n'ont pas abordé clairement cette question dans leur première communication écrite. Apparemment, ils affirment désormais que leur allégation principale a toujours porté sur le libellé.

1. La Chine reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC: la portée et l'application de l'article 4(1) sont extrêmement limitées et ne portent pas atteinte aux droits prévus par l'Accord sur les ADPIC

89. La loi chinoise reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC. La Chine reconnaît le droit d'auteur en ce qui concerne toutes les catégories d'œuvres littéraires et artistiques, et la loi chinoise garantit tous les droits matériels prescrits par l'Accord sur les ADPIC, et même des droits allant bien au-delà de ce qui est prévu. Comme les États-Unis l'ont admis, l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur confère 17 droits moraux et économiques fondamentaux, dont peuvent bénéficier les titulaires de droits d'auteur. Et en vertu de l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, les œuvres d'auteurs chinois et d'auteurs étrangers sont protégées par le droit d'auteur dès leur création, sans aucune formalité ni condition préalable, que l'œuvre soit publiée ou non.

90. La Chine demande au Groupe spécial de reconnaître que l'article 4(1) est parfaitement compatible avec le pouvoir de censure reconnu par l'article 17 de la Convention de Berne. Son effet est négligeable à la fois pour ce qui est de son incidence sur le marché et en ce qui concerne l'annulation ou la réduction d'avantages pour les Membres.

a) La Chine reconnaît et protège tous les droits prévus par l'Accord sur les ADPIC

91. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore les articles 1er à 21 de la Convention de Berne et renvoie au texte de la Convention de Berne pour une explication complète des obligations incombant aux Membres. En droit chinois, c'est l'article 2 de la Loi sur le droit d'auteur qui met directement en œuvre les droits conférés aux auteurs dans le cadre de la Convention de Berne. Dès lors que le droit d'auteur est accordé en vertu de la Convention de Berne, il est protégé par le droit

chinois. La Chine accorde aux auteurs toutes les protections fondamentales prévues par la Convention de Berne, et d'autres encore, en vertu de l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur.

b) La portée et l'application de l'article 4(1), si elles sont correctement interprétées, sont extrêmement limitées et parfaitement compatibles avec les principes souverains reconnus dans l'article 17 de la Convention de Berne

92. L'article 4(1), s'il est correctement interprété, reconnaît simplement que la protection du droit d'auteur est vide de sens dans certaines circonstances: il repose sur le principe fondamental voulant que la loi chinoise n'assurera pas la protection du droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres dont le contenu est déjà illégal.

93. Par conséquent, la portée et l'application de l'article 4(1) sont extrêmement limitées. Une œuvre est protégée par le droit d'auteur en vertu de l'article 2, sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer si elle est illégale.

94. Aux termes de l'article 4(1), dans la mesure où une partie est en droit d'exploiter l'œuvre, c'est le titulaire du droit. Si à un moment l'œuvre n'est plus "illégale", c'est le titulaire du droit et les cessionnaires qui bénéficient de la protection.

2. Le droit souverain d'interdire des œuvres est reconnu par le droit international, la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC, et il n'est pas limité par ces accords

95. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît expressément l'existence d'un domaine souverain préexistant et distinct auquel l'Accord sur les ADPIC ne peut pas porter atteinte. Il s'agit du droit dont disposent les gouvernements souverains de surveiller et d'interdire la production et la distribution de certaines œuvres. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît ce droit souverain et enlève effectivement toute compétence à l'OMC dans ce domaine. L'article 17 de la Convention de Berne, à la fois parce qu'il réserve cet aspect sensible de la puissance publique au souverain, et en raison de son sens courant, demande une interprétation large et une grande déférence.

96. L'Accord sur les ADPIC incorpore l'ensemble des droits matériels prévus par la Convention de Berne, ainsi que la reconnaissance expresse à l'article 17 que ces droits matériels sont subordonnés au droit d'interdire inhérent au pouvoir souverain. Ainsi, en cas de conflit entre les droits conférés à un auteur par la Convention de Berne et le privilège de censurer accordé au souverain en vertu de l'article 17 de la Convention de Berne, ce dernier prime.

3. L'article 17 de la Convention de Berne demande une interprétation large et une grande déférence et, même si l'on retient l'interprétation la plus restrictive, la loi chinoise n'enlève aucun des droits dont bénéficierait le contenu interdit

97. Même si l'article 17 de la Convention de Berne était interprété comme limitant et définissant le droit souverain d'interdire des œuvres – ce qui, selon la Chine, est inexact – la loi chinoise ne contreviendrait toujours pas à la Convention de Berne ni à l'Accord sur les ADPIC. Il en est ainsi pour deux raisons: tous les droits économiques conférés aux auteurs en vertu de l'un ou l'autre des accords sont limités par l'article 17 de la Convention de Berne, et le droit fondamental en ce qui concerne l'exécution de l'Accord sur les ADPIC consiste à donner aux auteurs des moyens d'"action efficace". Ne pas accorder le droit personnel de limiter la publication d'un contenu qui a déjà été interdit par les pouvoirs publics n'empêche aucunement une action "efficace".

a) Tous les droits économiques dont bénéficient les auteurs sont limités par l'article 17 de la Convention de Berne

98. Les droits résultant de l'Accord sur les ADPIC sont des droits économiques. Les droits garantis par la Convention de Berne consistent à autoriser certains usages d'une œuvre, qui sont par ailleurs admissibles. Tous les droits économiques positifs qui y sont prévus peuvent donc être limités en vertu de l'article 17 de la Convention de Berne.

99. Étant donné que tous les droits économiques prévus par la Convention de Berne sont limités par l'article 17 de ladite convention, le refus d'accorder la protection conférée par le droit d'auteur aux œuvres qui sont illégales au titre de l'article 4(1) ne peut pas contrevenir à l'article 5(1) de la Convention de Berne et ne peut donc pas contrevenir non plus à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

b) Il n'existe aucun droit d'avoir recours aux moyens d'exécution prévus dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les œuvres interdites

100. Les États-Unis n'ont pas démontré que la Chine avait l'obligation d'accorder les droits de mise à exécution des moyens prévus par l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les œuvres interdites, en dépit de l'argument qu'ils ont avancé dans leur première communication écrite. L'obligation fondamentale qui découle de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC est énoncée dans l'article 41:1. Cet article enjoint aux Membres de faire en sorte que leur législation comporte des procédures, "de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord ...".

101. À la lumière de cette disposition, l'allégation des États-Unis est infondée pour deux raisons. Premièrement, des procédures destinées à faire respecter les droits ne doivent être prévues que pour les droits couverts par l'Accord sur les ADPIC. Si un droit n'est pas couvert par l'Accord sur les ADPIC, alors il n'existe aucune obligation de le faire respecter. Deuxièmement, le contenu en cause en l'espèce a été interdit par les pouvoirs publics. Personne, pas plus l'auteur que le contrevenant, n'est autorisé à publier ou à distribuer l'œuvre. Ainsi, au lieu d'accorder à l'auteur le pouvoir d'interdire la publication, le souverain lui-même interdit la publication – interdiction que l'on veille à faire respecter strictement. Alors, par définition, la Chine a mis en place une procédure permettant une "action efficace" contre toute tentative visant à publier ce contenu. Celui-ci est totalement interdit.

4. L'interdiction publique prend complètement le pas sur le droit personnel de censure

a) Ni la Convention de Berne ni l'Accord sur les ADPIC n'accordent un droit de publication: l'application du droit d'auteur confère le droit personnel de censurer des œuvres qui sinon pourraient être publiées

102. La Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC servent principalement à garantir à l'auteur le droit d'interdire la publication de son œuvre par d'autres. L'accès à un marché n'est pas garanti. En d'autres termes, le droit d'auteur international ne confère pas le droit de publier.

b) Aucun véritable droit personnel de censure ne peut subsister lorsqu'une œuvre est totalement interdite

103. Lorsque les gouvernements exercent leur pouvoir souverain de censure, l'exercice des droits personnels n'a plus de raison d'être: la copie non autorisée est interdite. Le droit d'auteur existe toujours, mais il n'est pas nécessaire de l'appliquer: le contenu est interdit. Il ne peut pas être

légalement copié, adapté, traduit et encore moins distribué. L'application du droit d'auteur est donc dénuée de sens dans ce contexte.

c) Aux États-Unis, des interdictions font que les droits des auteurs ne sont pas non plus protégés dans les faits

104. La législation des États-Unis module de la même façon la protection du droit d'auteur en ce qui concerne les œuvres obscènes, et en particulier la pornographie enfantine. Cette fonction est compatible avec le pouvoir prépondérant conféré par l'article 17 de la Convention de Berne.

D. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS PRÉSENTÉ D'ÉLÉMENTS À L'APPUI DE L'UNE QUELCONQUE DE LEURS THÉORIES RELATIVES À L'EXAMEN DU CONTENU, NI DE LEUR AUTRE ENSEMBLE D'ALLÉGATIONS RELATIVES À L'ARTICLE 4(1): PAR CONSÉQUENT, LE GROUPE SPÉCIAL DEVRAIT SE PRONONCER EN FAVEUR DE LA CHINE EN CE QUI CONCERNE CES QUESTIONS

1. La charge de la preuve incombe à la partie plaignante

105. Conformément à la jurisprudence constante de l'Organe d'appel, la partie plaignante doit à la fois dûment faire valoir ses prétentions et établir le bien-fondé de son allégation. À défaut d'éléments de preuve suffisants, le défendeur n'a à s'acquitter d'aucune charge: la partie plaignante doit fournir des éléments *prima facie* et les étayer. En l'absence d'éléments de preuve autres que ceux qui ont été dûment réfutés, on ne peut pas conclure que la partie plaignante s'est acquittée de la charge qui lui incombait.

2. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait

106. S'agissant de leurs théories relatives à l'examen du contenu, les États-Unis n'ont absolument pas démontré que le droit chinois fait de l'examen du contenu une condition préalable à l'octroi du droit d'auteur.

107. En ce qui concerne les autres allégations des États-Unis relatives à l'article 4(1), les seuls éléments de preuve présentés par les États-Unis sont le texte de la disposition elle-même. La Chine a présenté une argumentation détaillée au sujet de la nature du droit d'auteur international et de l'économie de la Convention de Berne, et a démontré que le droit chinois et la pratique de la Chine à cet égard n'étaient pas incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE B-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, je vous remercie. Les États-Unis ont avancé trois allégations juridiques contre la Chine dans ce différend. Dans chacune de ces allégations, les États-Unis ont présenté les lois chinoises de manière inexacte, et ils demandent au Groupe spécial d'élargir considérablement la portée des obligations juridiques dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

2. La Chine pense que le Groupe spécial devra aborder plusieurs questions cruciales lorsqu'il examinera le sens d'un certain nombre d'obligations prévues par l'Accord sur les ADPIC. Ces questions sont notamment les suivantes: Quel est l'équilibre approprié qu'établissent entre les obligations et les droits, et entre les contraintes juridiques et le respect des systèmes juridiques locaux, les articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC? Quelle est la portée appropriée des prérogatives souveraines fondamentales telles que l'application du droit pénal et le pouvoir d'interdire la publication? Quel est le rôle approprié des principes traditionnels du droit tels que *in dubio mitius*?

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

3. La Chine voudrait répondre à la première allégation des États-Unis, selon laquelle le droit pénal chinois n'est pas conforme à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que les Membres doivent appliquer des mesures pénales aux actes délibérés de contrefaçon et de piratage commis à une échelle commerciale.

4. Premièrement, la définition de l'"échelle commerciale" avancée par les États-Unis est elle-même vague et ambiguë et ne définit aucun critère clair à l'aune duquel peut être mesuré le respect de l'article 61.

5. Deuxièmement, l'usage pratique de l'expression "échelle commerciale" indique qu'elle s'applique à une activité d'une ampleur considérable. La Chine a présenté plusieurs exemples dans lesquels les mots "échelle commerciale" sont employés comme locution nominale s'appliquant à une activité d'une ampleur considérable. Les États-Unis, par contre, se contentent d'élaborer un sens à partir des définitions de mots isolés. Cependant, le sens ordinaire d'une expression, c'est celui dans lequel cette expression est utilisée en fait.

6. Troisièmement, avec "échelle commerciale", le Groupe spécial se trouve confronté à une expression dont le sens est pour le moins imprécis et douteux. La Chine estime que le Groupe spécial doit tenir compte de deux principes juridiques cruciaux face à cette imprécision. Le premier de ces principes est que, en vertu de l'article 31.1 de la Convention de Vienne, le sens de "échelle commerciale" doit être recherché dans son contexte. Le contexte pertinent est essentiellement composé des articles 1:1 et 41:5 de l'Accord sur les ADPIC, qui traitent de la déférence due aux normes, aux systèmes de droit et au caractère limité des ressources des Membres et qui ont été des concessions cruciales faites aux pays en développement dans les dernières négociations de l'Accord sur les ADPIC. Ils donnent à penser que l'Accord sur les ADPIC n'aurait pas imposé de règles contraignantes et intrusives concernant le régime de répression pénale des Membres. Le second principe juridique que le Groupe spécial doit avoir à l'esprit est celui de *in dubio mitius*, selon lequel les obligations juridiques ambiguës devraient être interprétées de manière à limiter au minimum l'intrusion dans la souveraineté des Membres. Il ressort de ce principe que, bien que les pays aient le

droit de céder de leur pouvoir en matière de droit pénal interne, ils ne devraient pas être facilement présumés l'avoir fait.

7. Quatrièmement, les États-Unis réclament pour eux-mêmes un pouvoir d'appréciation considérable dans la manière dont ils appliquent l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont raison de dire que les Membres ont un pouvoir d'appréciation discrétionnaire en matière de répression pénale – mais ils se trompent en voyant la source de ce pouvoir dans l'article 61. En fait, c'est la notion large et souple d'"échelle commerciale" qui est à l'origine de ce pouvoir.

8. La Chine va maintenant dire quelques mots de son propre système juridique. Non seulement les États-Unis interprètent mal le critère de l'"échelle commerciale" de l'Accord sur les ADPIC, mais ils ont aussi systématiquement présenté de façon déformée le régime pénal chinois.

9. À cet égard, les États-Unis commettent trois grandes erreurs. La première est que, fréquemment, ils ne prennent pas en considération l'ensemble des éléments de preuve qui sont juridiquement pertinents pour le droit pénal chinois. La deuxième erreur est qu'ils ne tiennent aucun compte des lois pénales générales de la Chine. Ces lois pénales générales sont des "procédures et sanctions pénales" applicables aux actes de contrefaçon et de piratage commis à l'échelle commerciale au sens de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. La troisième erreur est que les États-Unis ne prennent en considération qu'un moment ponctuel de violation des droits; le droit pénal chinois tient compte de toute la période de violation, et ne se contente pas d'en saisir un instantané.

10. La Chine souhaite faire une dernière observation concernant le rapport de l'Alliance chinoise pour le droit d'auteur ("CCA"). Les États-Unis déclarent à tort que ce rapport montre que, dans la "grande majorité des points de vente au détail", les opérations restent en deçà des seuils d'infraction pénale de la Chine.

11. Le rapport CCA rend compte des perquisitions administratives. Les États-Unis en tirent par extrapolation des conclusions sur l'état général de la contrefaçon. Il y a là une faille de logique: de même que personne ne chercherait à mesurer la fréquence des meurtres à partir des rapports de la police de la circulation, de même personne ne devrait supposer que les perquisitions administratives sont représentatives de l'ensemble des mesures chinoises de répression, qui portent sur des activités de bien plus grande envergure que celles qui relèvent du droit administratif.

12. En résumé, la Chine conclut que la première allégation des États-Unis n'est pas fondée. Les États-Unis n'ont démontré ni que l'article 61 impose un critère spécifique et de faible échelle, ni que le droit pénal chinois ne frappe pas certaines activités menées à l'échelle commerciale.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

13. La Chine va maintenant examiner la deuxième allégation avancée par les États-Unis. Avant de passer aux questions de fond que celle-ci soulève, cependant, la Chine a une remarque importante à faire concernant la procédure: dans la présente procédure, les États-Unis n'ont absolument pas soutenu que les lois chinoises régissant la mise hors circuit des marchandises destinées à l'exportation sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont indiqué clairement qu'ils "ne prennent pas position" quant à l'applicabilité de l'article 59 à ces marchandises. Le Groupe spécial devrait donc décider que les mesures de la Chine concernant les marchandises destinées à l'exportation ne sont pas visées par l'allégation des États-Unis touchant l'article 59.

14. S'agissant du fond de l'allégation des États-Unis, deux éléments distincts sont en cause: l'interprétation correcte de la première phrase de l'article 46, telle qu'elle s'applique à l'article 59, et la quatrième phrase de l'article 46, telle qu'elle s'applique à l'article 59. Les États-Unis n'ont pas démontré que la Chine viole l'Accord sur les ADPIC dans un cas ou dans l'autre.

15. Le premier point est celui de savoir si la Chine s'acquitte de son obligation de donner aux douanes des pouvoirs de mise hors circuit et de destruction appropriés. En ce qui concerne la mise hors circuit, la Chine a démontré que ses services douaniers ont le pouvoir de disposer des marchandises saisies en dehors des circuits commerciaux en en faisant don à des organismes d'aide sociale et en les vendant directement aux détenteurs de droits intéressés. Le seul point de désaccord concerne la question de savoir si les douanes peuvent appliquer ces méthodes de disposition de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

16. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont exprimé la crainte, complètement dépourvue de fondement, qu'il soit fait don de marchandises défectueuses ou dangereuses et que ces marchandises nuisent à la réputation des détenteurs de droits ou entraînent des demandes en justice injustifiées. Ni les faits, ni le droit chinois applicable n'ont apporté la moindre confirmation à cette allégation, et les États-Unis ont en fait complimenté les douanes chinoises de leurs dons à la Croix-Rouge. Dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, les États-Unis ont ensuite allégué pour la première fois que les marchandises contrefaites normales pouvaient aussi nuire à la réputation des détenteurs de droits. Les douanes chinoises, cependant, prennent déjà des mesures pour empêcher ce préjudice théorique au détenteur du droit.

17. L'autre préoccupation apparente des États-Unis est que les organismes d'aide sociale revendent les marchandises qui leur ont été données. Cette crainte est également sans objet. Selon la loi chinoise, les douanes sont tenues de veiller à ce que les marchandises reçues en don soient utilisées exclusivement par les organismes d'aide sociale. À cet égard, elles exercent avec diligence leur responsabilité légale.

18. La Chine demande respectueusement au Groupe spécial de noter qu'elle se conforme pleinement à l'Accord sur les ADPIC en faisant en sorte que ses douanes aient le pouvoir d'ordonner le don des marchandises saisies de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit.

19. En vertu de la première phrase de l'article 46, telle qu'appliquée par l'article 59, la Chine doit conférer à ses services douaniers un pouvoir de destruction ainsi qu'un pouvoir de mise hors circuit. Elle satisfait pleinement à cette obligation.

20. Les États-Unis ne confèrent à leurs propres douanes qu'une compétence conditionnelle, et ils insistent d'ailleurs pour que la Chine fasse de même. Mais ils n'ont donné au Groupe spécial aucun argument indiquant les raisons pour lesquelles leur manière de fixer des conditions est appropriée, alors que la série d'étapes prévue par la Chine ne le serait pas.

21. La Chine a mis en évidence plusieurs aspects du pouvoir de destruction approprié qu'elle confère à ses douanes: pouvoir d'appréciation considérable, exercice de l'indépendance et de l'autonomie, poursuite des intérêts légitimes du gouvernement et conformité aux principes des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC. La Chine a expliqué que les services douaniers ont le pouvoir de destruction exigé par l'Accord sur les ADPIC et que, dans la pratique, la majorité des marchandises saisies par les douanes sont en fait détruites par elles dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

22. En résumé, la Chine a conféré à ses douanes le pouvoir approprié d'écarter des circuits commerciaux les marchandises saisies, de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit. Elle a aussi conféré à ses douanes le pouvoir approprié de détruire ces marchandises. Ce faisant, elle satisfait pleinement à ses obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

23. Le second point de la deuxième allégation concerne la quatrième phrase de l'article 46. Comme l'a expliqué la Chine, l'article 59 ne semble pas incorporer cette disposition. L'article 59 mentionne les "principes énoncés à l'article 46". Toutefois, ces "principes" n'ont pas d'effet sur la

mise hors circuit et la destruction, comme les États-Unis le prétendent: ils ont effet sur le pouvoir de les ordonner.

24. Cependant, même si l'article 59 était interprété comme incorporant la quatrième phrase de l'article 46, la Chine serait en pleine conformité avec cette disposition.

25. Les États-Unis affirment, dans leur communication présentée à titre de réfutation, que cette phrase signifie que les marchandises contrefaites saisies peuvent être introduites dans les circuits commerciaux seulement dans des cas exceptionnels. Mais l'interprétation que les États-Unis font du texte néglige complètement le mot "suffisant". En fait, ce mot "suffisant" établit clairement un seuil: certains actes (par exemple le simple retrait de la marque) ne permettent pas normalement l'introduction dans les circuits commerciaux, alors que certains actes non spécifiés qui vont au-delà du retrait de la marque permettent cette introduction.

26. Cette interprétation textuelle évidente est confirmée à plusieurs égards. Premièrement, il ressort clairement – de l'historique des négociations et des commentaires – que ces cas exceptionnels visaient la remise des marchandises saisies au contrevenant non professionnel.

27. Deuxièmement, la crainte suscitée par la quatrième phrase semble être que les contrevenants puissent récupérer à bon marché les marchandises saisies, attendre un nouveau lot de marques contrefaites et poursuivre leurs opérations de contrefaçon.

28. Il convient d'interpréter la quatrième phrase comme autorisant la vente publique lorsque les autorités prennent les mesures nécessaires – allant au-delà du retrait de la marque contrefaite – pour empêcher les contrevenants de récupérer à bas prix les marchandises saisies et d'y apposer à nouveau les marques contrefaites.

29. Selon la Chine, le dossier dont est saisi le Groupe spécial est clair: les douanes chinoises agiraient en pleine conformité avec la quatrième phrase de l'article 46, même si celle-ci était considérée comme applicable. Outre qu'elles retirent des marchandises la marque contrefaite, les douanes éliminent les autres éléments contrefaisants, invitent le détenteur du droit à faire des observations et – ce qui est le plus important – fixent un prix de réserve dans la vente aux enchères. Le prix de réserve garantit que les contrevenants paient le prix du marché pour reprendre possession de la marchandise et qu'ils ne peuvent donc pas poursuivre à peu de frais leurs opérations de contrefaçon.

30. L'option de la vente aux enchères par les douanes chinoises ne viole pas la première phrase de l'article 46, telle qu'incorporée dans l'article 59, parce qu'il suffit que les douanes aient la compétence voulue en matière de mise hors circuit et de destruction. Elle ne viole pas non plus la quatrième phrase de l'article 46, même si l'on suppose que celle-ci s'applique à l'article 59, parce que les douanes prennent des mesures importantes qui ne se limitent pas au simple retrait de la marque contrefaite.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

31. La Chine va maintenant aborder la troisième allégation des États-Unis. Celle-ci a trait à l'article 4.1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur.

32. L'allégation initiale des États-Unis était centrée sur le système chinois d'examen du contenu des œuvres. À cet égard, cette allégation reposait sur une méconnaissance complète de la loi chinoise, et les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait.

33. L'incapacité des États-Unis à étayer leurs allégations mérite d'être relevée. Au paragraphe 198 de leur première communication écrite, les États-Unis énonçaient quatre affirmations principales contraires à la vérité et non fondées.

34. Premièrement, les États-Unis affirmaient que la Loi chinoise sur le droit d'auteur ne "conférait aucune protection aux œuvres pour lesquelles l'examen du contenu était en instance en Chine". La Chine a cependant présenté au Groupe spécial un exemple concret de ces mesures: les mesures d'exécution prises par la NCAC dans l'affaire *Shrek II*, protégeant le droit d'auteur sur une œuvre pour laquelle l'examen du contenu n'était pas terminé.

35. Deuxièmement, les États-Unis ont affirmé que, lorsqu'une œuvre n'est jamais soumise à l'examen du contenu, la Chine ne "protège par le droit d'auteur". La Chine a fourni une analyse juridique montrant que ces œuvres sont bien en fait protégées par le droit d'auteur, en donnant des exemples de mesures d'exécution visant à protéger le droit d'auteur sur ces œuvres.

36. Troisièmement, les États-Unis ont déclaré que, lorsqu'une œuvre est révisée pour que son contenu puisse être approuvé, la Loi chinoise sur le droit d'auteur "ne protège pas le droit d'auteur sur la version dont la distribution n'a pas été autorisée en Chine". La Chine a démontré que ces œuvres sont bel et bien protégées par le droit d'auteur: la NCAC, par sa circulaire n° 55, a établi des procédures visant à protéger 700 films des États-Unis, sans chercher à savoir si ces films avaient été révisés pour que leur contenu satisfasse à l'examen.

37. Quatrièmement, les États-Unis ont contesté l'examen du contenu auquel procède la Chine en soutenant que les œuvres qui ne satisfont pas à cet examen ne reçoivent pas la protection par le droit d'auteur. La Chine a démontré qu'elle protège le droit d'auteur sur le contenu légal de l'œuvre, même si l'ensemble de l'œuvre ne satisfait pas à l'examen du contenu.

38. Dans la communication qu'ils ont présentée à titre de réfutation, les États-Unis se sont contentés de réitérer leurs théories erronées, en insistant cette fois sur l'affirmation selon laquelle l'examen du contenu impose une formalité "à la jouissance et à l'exercice" du droit d'auteur, en violation de l'article 5 2) de la Convention de Berne. Cela n'est pas vrai.

39. Les États-Unis n'ayant pas réussi à prouver leurs arguments concernant l'examen du contenu, il ne subsiste de leur allégation qu'une contestation au sujet du libellé même de l'article 4.1 de la Loi sur le droit d'auteur. À titre liminaire, la Chine tient à souligner que les États-Unis n'ont pas été en mesure de produire un seul exemple d'application de cet article 4.1 de la Loi sur le droit d'auteur.

40. Cela dit, la Chine considère que le Groupe spécial devrait commencer son analyse de cette contestation du libellé de l'article 4.1 en se reportant à l'article 17 de la Convention de Berne.

41. L'article 17 de la Convention de Berne reconnaît, sans le limiter, le droit souverain d'imposer une censure.

42. Les droits protégés par la Convention de Berne qui ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC sont les droits patrimoniaux. Quelle que soit la manière dont on interprète l'article 17 de la Convention de Berne, il n'y a plus de droits patrimoniaux à faire respecter dès lors qu'une œuvre est frappée par la censure publique.

43. Enfin, dans le cadre de leur contestation du libellé de l'article 4.1, les États-Unis ont soutenu que cet article refuse la protection par le droit d'auteur à une catégorie d'œuvres, en violation de l'article 2 et de l'article 5 1) de la Convention de Berne. Cela aussi est inexact. Même lorsqu'une œuvre a été jugée avoir un contenu illégal, la Chine continue de reconnaître les droits de l'auteur sur le

contenu légal de l'œuvre. Et ces droits seront protégés s'il est constaté qu'ils sont violés par une œuvre circulant légalement en Chine.

44. La Chine demande respectueusement au Groupe spécial de constater que les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur charge de la preuve s'agissant des arguments contenus dans leur troisième allégation, et de se prononcer en faveur de la Chine. Les États-Unis n'ont pas produit d'éléments de preuve étayant leur interprétation erronée de la loi chinoise, et ils n'ont pas démontré que l'article 4.1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur, telle qu'elle est libellée, viole l'Accord sur les ADPIC.

ANNEXE B-6

**DÉCLARATION ORALE FINALE DE LA CHINE
À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND**

I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, la République populaire de Chine tient à vous remercier pour le temps et l'attention que vous lui avez consacrés à cette réunion; elle vous remercie aussi d'avoir bien voulu siéger dans ce groupe spécial. Le soin avec lequel vous vous êtes préparés à examiner ce différend a été évident dans toute la procédure. La Chine tient aussi à exprimer sa gratitude au personnel du Secrétariat de l'OMC pour son excellent travail.

2. Nous avons maintenant échangé deux séries de communications écrites et tenu deux réunions de fond. Il convient de faire le point sur les questions cruciales en cause dans ce différend et d'examiner les tâches qui incombent encore au Groupe spécial.

3. Globalement, les États-Unis n'ont pas réussi à prouver leur thèse. Pour chacune de leurs trois allégations, la thèse des États-Unis repose sur des interprétations juridiques qui sont contraires aux accords en vigueur, et sur une méconnaissance du droit et de la pratique de la Chine. Sur bien des questions, les États-Unis n'ont même pas apporté d'éléments de preuve *prima facie*.

4. Permettez-moi de passer brièvement en revue les différentes allégations.

II. PREMIÈRE ALLÉGATION

5. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de conclure que les contrevenants doivent être passibles de sanctions pénales dès lors qu'ils "s'emploient sérieusement" à réaliser des bénéfices financiers. Bien que les États-Unis soutiennent qu'ils ne veulent pas par là proposer un critère de l'"intention", il est difficile de voir dans "la recherche de bénéfices financiers" autre chose qu'une intention. L'examen de la définition proposée par les États-Unis au cours de la présente réunion n'a rien apporté qui permette d'écarter cette conclusion.

6. Les États-Unis prétendent aussi que les règles d'interprétation des traités ne laissent "aucun doute" quant au sens du critère de l'"échelle commerciale". Si les États-Unis entendent par là qu'il n'existe aucun doute concernant le critère qu'ils proposent eux-mêmes, la Chine considère que l'examen de leur proposition à la présente réunion a, en fait, fait apparaître des raisons importantes de douter.

7. La Chine a démontré qu'un critère de l'intention analogue à celui que proposent les États-Unis a été expressément rejeté lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial devrait aussi rejeter ici un critère d'intention, quel que soit le nom qu'on lui donne.

8. Au lieu d'un critère d'intention, l'Accord sur les ADPIC a retenu un critère objectif fondé sur l'échelle des opérations portant atteinte au droit – le critère de l'"échelle commerciale". C'est ce critère que le Groupe spécial doit appliquer.

9. Dans l'application de ce critère, le Groupe spécial se trouve face à un défi: loin de ne donner lieu à aucun "doute", ce critère nécessite en fait un travail de définition considérable. Le Groupe spécial doit utiliser une notion très large – l'"échelle commerciale" – et l'appliquer aux modalités très concrètes de mise en œuvre d'un pays Membre. Les États-Unis n'ont pas proposé d'approche concrète et raisonnée permettant au Groupe spécial de le faire. Dans toutes leurs communications et au cours

de toutes les réunions tenues dans le présent différend, les États-Unis ont invoqué des exemples hypothétiques dans lesquels c'est leur propre conclusion qui est prise pour hypothèse. Ces exemples suivent tous le même modèle: ils décrivent une violation hypothétique, allèguent que cette violation n'atteint pas les seuils de la Chine et affirment que les opérations considérées constituent une violation à l'échelle commerciale. La Chine s'est déjà exprimée sur cette question, et elle ne répondra pas une nouvelle fois à ces exemples ce matin, mais elle note que le Groupe spécial devrait adopter un critère qui soit objectif et non pas imaginé à partir de faits hypothétiques.

10. La Chine, par contre, a fait au Groupe spécial deux propositions concrètes. Premièrement, elle a proposé une comparaison avec les statistiques officielles qui décrivent l'échelle effective du commerce en Chine. Deuxièmement, elle a comparé les seuils des délits contre la propriété intellectuelle et les seuils des autres délits commerciaux, en relevant l'importance de cette comparaison eu égard à la deuxième phrase de l'article 61 et à la déférence due aux systèmes nationaux selon les articles 1:1 et 41:5.

11. Dans la définition du critère d'échelle commerciale, le Groupe spécial devra prendre une décision qui fera date dans la jurisprudence sur l'Accord sur les ADPIC. La Chine le prie instamment d'appliquer un critère respectant les compromis adoptés au cours des négociations sur les ADPIC, tant dans le texte de l'article 61 lui-même que dans le contexte plus large des articles 1:1 et 41:5. En même temps, le Groupe spécial devrait adopter un critère qui soit susceptible d'application raisonnée aux mesures concrètes de mise en œuvre des Membres.

12. La Chine est convaincue que, si le Groupe spécial applique le critère qui convient, il constatera que les dispositions pénales prévues par la Chine en matière de propriété intellectuelle répondent à ce critère.

III. DEUXIÈME ALLÉGATION

13. S'agissant de la deuxième allégation, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de conclure que, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ne peuvent pas privilégier les dons des organismes caritatifs par rapport à la destruction. La Chine a déjà expliqué pourquoi ses douanes donnent la préférence à certaines méthodes de disposition, telles que les dons à des organismes caritatifs, par rapport à la destruction. Hier, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont une fois de plus pressé la Chine de subordonner le don des marchandises à l'approbation du détenteur du droit – exactement comme le font les États-Unis dans leur propre pratique. Les États-Unis paraissent approuver les restrictions au pouvoir des douanes qu'eux-mêmes privilégient, en rejetant en même temps les conditions qu'ils ne privilégient pas, comme de donner la priorité aux dons à des organismes caritatifs. De plus, les États-Unis continuent d'affirmer à tort que les douanes chinoises lèsent les détenteurs de droits en faisant des dons à des organismes caritatifs tels que la Croix-Rouge. La Chine a démontré en détail, avec de nombreuses lois et exemples concrets à l'appui, la manière dont les douanes évitent de causer un préjudice au détenteur du droit. Lorsque l'on leur a demandé à cette réunion des exemples concrets de dons à des organismes caritatifs qui auraient causé un préjudice aux détenteurs de droits en Chine, les États-Unis ont refusé de répondre, comme par le passé.

14. La Chine a été déçue du nombre d'incohérences et d'inexactitudes factuelles contenues dans la déclaration faite hier par les États-Unis. Par exemple, les États-Unis ont dit au Groupe spécial que les circonstances dans lesquelles le régime juridique chinois permet la destruction étaient "extrêmement restrictives", mais les données extraites de la pratique des douanes chinoises qui ont déjà été présentées dans le cadre du présent différend contredisent purement et simplement cette affirmation. Elles démontrent que les douanes font un large usage de l'option consistant en la destruction. Les États-Unis ont aussi remis aux parties et au Groupe spécial un tableau censé expliquer le régime de

mise hors circuit et de destruction de la Chine, mais ils ont ensuite reconnu que ce tableau était incomplet et qu'il ne tenait pas compte de plusieurs lois et options pertinentes.

15. Enfin, au moment où le Groupe spécial s'apprête à délibérer et à préparer ses constatations, la Chine lui demande respectueusement de tenir compte dans sa décision du fait que les États-Unis n'ont nullement plaidé que les lois chinoises régissant les moyens de disposer des marchandises destinées à l'exportation sont incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont indiqué clairement qu'ils ne "prennent pas position" concernant l'applicabilité de l'article 59 à ces marchandises. Le Groupe spécial devrait donc constater que les mesures chinoises concernant les marchandises destinées à l'exportation n'entrent pas dans le cadre de l'allégation des États-Unis relative à l'article 59.

IV. TROISIÈME ALLÉGATION

16. La Chine a présenté en détail les faiblesses de la thèse des États-Unis concernant la troisième allégation. Sur l'essentiel de la substance de cette allégation, les États-Unis n'ont pas apporté d'éléments de preuve *prima facie*. Sur le reste, leurs arguments sont insuffisants, d'une part parce qu'ils sont axés sur une préoccupation hautement théorique, d'autre part, parce qu'ils sont contredits par l'interprétation la plus correcte de la Convention de Berne. La Chine a exposé ses points en détail dans ses communications écrites et elle ne les répétera pas ce matin.

17. La Chine doit, cependant, appeler l'attention du Groupe spécial sur certaines inexactitudes que les États-Unis ont faites dans l'exposé des faits et de la position de la Chine, dans le cadre de leur déclaration orale. Cette énumération n'est pas complète et la Chine n'abordera pas nombre d'affirmations contestables faites par les États-Unis, en particulier celles qu'elle a déjà réfutées. Toutefois, elle appelle l'attention aujourd'hui sur plusieurs erreurs particulièrement flagrantes qu'il lui faut à son avis relever formellement.

18. Premièrement, en l'absence de tout exemple concret d'application effective de l'article 4.1, les États-Unis, au paragraphe 69 de leur déclaration orale, se contentent d'imputer à l'article 4.1 la responsabilité de la contrefaçon en Chine. La Chine demande au Groupe spécial de constater que ce n'est là qu'une simple allégation, et non un fait, et que les États-Unis ne l'ont étayée en aucune façon.

19. Deuxièmement, au paragraphe 76, les États-Unis prétendent que l'article 4.1 refuse la protection par le droit d'auteur à toute œuvre pour laquelle un examen préalable à la publication est requis et n'a pas encore été effectué. Cela n'est tout simplement pas vrai. La Chine a démontré le contraire dans ses communications et elle relève en particulier que, même à ce stade tardif de la procédure, les États-Unis ne peuvent étayer cette affirmation ni par une analyse juridique, ni par un seul exemple.

20. Troisièmement, au paragraphe 77, les États-Unis prétendent que la Chine "reconnaît" que "que le défendeur fasse ou non valoir des moyens de défense, les tribunaux et la NCAC sont tenus de déterminer la légalité d'une œuvre *de novo*". La Chine proteste dans les termes les plus énergiques contre cette dénaturation de sa position. La Chine n'a rien admis de tel. Son observation a été faite dans le contexte d'une affaire qui *avait été* en fait portée devant le tribunal. Dès lors que le tribunal est saisi, si l'examen du contenu n'a pas été entrepris auparavant, le tribunal devra examiner la légalité du contenu *de novo*. C'est tout ce qu'a dit la Chine. La Chine *n'*est certainement *pas* d'avis que le tribunal doit ainsi procéder à un examen du contenu dans toutes les actions visant à obtenir le respect du droit d'auteur. La Chine note aussi que les États-Unis se trompent à nouveau sur ce point au paragraphe 78.

21. Quatrièmement, pour finir, les États-Unis, au paragraphe 79, font une très grosse erreur dans leur présentation de la loi chinoise. Ils allèguent que la procédure d'examen du contenu empêche la publication ou la diffusion de l'œuvre jusqu'à l'issue favorable de l'examen, puis essaient de relier

cette allégation au libellé de l'article 4.1. La Chine a développé abondamment ce point et elle ne répétera pas ici son analyse, mais elle demande au Groupe spécial de reconnaître l'affirmation des États-Unis pour ce qu'elle est: une allégation qui n'est tout simplement pas crédible. La Chine prie le Groupe spécial de demander davantage aux États-Unis – de leur demander une analyse juridique et des exemples concrets.

22. Ces erreurs, malheureusement, caractérisent une bonne partie de la thèse des États-Unis devant le Groupe spécial. La Chine prie respectueusement le Groupe spécial de prendre acte des failles de la thèse des États-Unis et de se prononcer en faveur de la Chine.

* * *

23. Ainsi prend fin la déclaration finale de la Chine. La Chine exprime à nouveau sa gratitude au Groupe spécial et au personnel de l'OMC pour tout leur travail et leur attention, et elle se fera un plaisir de répondre aux questions écrites du Groupe spécial.

ANNEXE C

ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

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

ANNEXE C-1

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

I. INTRODUCTION

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

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

a) Les seuils régissant l'engagement de procédures et l'application de sanctions pénales.

b) La mise hors circuit des marchandises confisquées qui portent atteinte à des droits de propriété intellectuelle au titre de l'Accord sur les ADPIC.

c) Le refus allégué de protéger et de respecter le droit d'auteur et les droits connexes pour ce qui est des œuvres dont la publication ou la distribution n'ont pas été autorisées sur le territoire chinois.

II. ARGUMENTS JURIDIQUES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[2] Première communication des États-Unis, paragraphe 177.
[3] Première communication de la Chine, paragraphe 160.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[4] Première communication des États-Unis, paragraphe 186.
[5] Première communication des États-Unis, paragraphe 185.
[6] Première communication des États-Unis, paragraphe 185.

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

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

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

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

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

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

III. CONCLUSION

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

ANNEXE C-2

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

I. INTRODUCTION

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

- le sens des termes "pénal", "délibéré", "contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce", "piratage portant atteinte à un droit d'auteur", "échelle commerciale" et "suffisantes pour être dissuasives" figurant à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, et le caractère des obligations créées par ledit article;

- le sens de l'expression "circuits commerciaux" figurant à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC, et sa relation avec l'article 59 dudit accord; et

- le sens de l'expression "aucune formalité" figurant à l'article 5(2) de la Convention de Berne.

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

II. ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

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

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

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

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

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

- la nature d'une marque de fabrique ou de commerce conformément à l'article 15:1 de l'Accord sur les APDIC;

- le droit qui doit être conféré au titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée conformément à l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC;

- le sens ordinaire du mot "contrefaire", qui est le verbe pertinent, considéré dans son contexte; et

- le sens de l'expression "marchandises de marque contrefaites" figurant dans la note de bas de page 14 a) de l'Accord sur les ADPIC.

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

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

- les droits devant être conférés à des œuvres littéraires et artistiques conformément à la Convention de Berne telle qu'elle est incorporée par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC;

- les droits devant être conférés aux programmes d'ordinateur et compilations de données conformément à l'article 10 de l'Accord sur les ADPIC;

- les droits de location devant être conférés au moins en ce qui concerne les programmes d'ordinateur et les œuvres cinématographiques conformément à l'article 11 de l'Accord sur les ADPIC;

- les droits des artistes interprètes ou exécutants sur leurs exécutions conformément à l'article 14:1 de l'Accord sur les ADPIC, des producteurs de phonogrammes sur leurs phonogrammes conformément à l'article 14:2 de l'Accord sur les ADPIC et des organismes de radiodiffusion sur leurs émissions conformément à l'article 14:3 de l'Accord sur les ADPIC (les "droits connexes");

- le sens ordinaire du mot "piratage" considéré dans son contexte; et

- le sens de l'expression "marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur" figurant dans la note de bas de page 14 b) de l'Accord sur les ADPIC.

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

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

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

- activités menées aux fins d'obtenir une rétribution financière, comme dans le cas où de multiples copies contrefaites ou pirates sont fabriquées et vendues dans le but de faire du profit;

- activités menées aux fins d'obtenir un avantage commercial, comme dans le cas où une entreprise outrepasse les conditions attachées à son permis d'utilisation d'un logiciel pour ce qui est du nombre de copies ou du nombre d'employés qui y ont accès; et

- activités qui ont pour effet de causer un préjudice important au titulaire du droit d'auteur, par exemple, lorsque le matériel numérique protégé par un droit d'auteur est téléchargé, puis partagé à l'aide d'une technologie de partage de fichiers poste-à-poste.

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

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

- ne limite pas implicitement les indicateurs qui pourraient être utilisés pour déterminer si l'activité portant atteinte à un droit est menée à une échelle commerciale; ou

- ne nécessite pas qu'une personne qui mène une activité portant atteinte à un droit tire des bénéfices de cette activité ou en tire des bénéfices d'une ampleur particulière; ou

- n'exige pas que soient commis de multiples actes portant atteinte à un droit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-3

DÉCLARATION ORALE DE L'AUSTRALIE

1. Je vous remercie d'offrir à l'Australie cette autre occasion d'exposer ses vues sur les questions soulevées par le présent différend.

2. Pour la première fois le présent Groupe spécial devra clarifier plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives au respect des droits de propriété intellectuelle conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, ainsi que le prescrit l'article 3:2 du Mémorandum d'accord. À ce propos, l'Australie tient à indiquer que l'Organe d'appel a déjà observé ce qui suit:

> "… Il faut s'assurer du sens ordinaire d'un terme conventionnel d'après les circonstances propres à chaque cas. Il importe que le sens ordinaire d'un terme conventionnel soit considéré au regard de l'intention des parties "telle qu'elle s'exprime dans les termes qu'elles ont utilisés à la lumière des circonstances".[…][1]

3. Dans sa communication écrite, l'Australie a présenté ses vues sur la façon dont certains des termes figurant dans les dispositions en cause devaient être correctement interprétés.

4. En particulier, l'Australie a fait observer que l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC établit de plus lourdes obligations en ce qui concerne "les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale". L'Australie ne considère pas que la portée des obligations incombant à un Membre en ce qui concerne de telles activités soit limitée ou par ailleurs affaiblie par les articles 1:1 ou 41:5 de l'Accord sur les ADPIC. Ces dispositions traitent des droits d'un Membre en ce qui concerne la méthode de mise en œuvre des obligations lui incombant au titre de l'Accord sur les ADPIC, mais elles n'affectent pas le caractère de ses obligations au titre de l'article 61, ou en fait de toute autre disposition.

5. L'Australie serait bien entendu heureuse de répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait vouloir lui poser.

---

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

ANNEXE C-4

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

I. INTRODUCTION

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

II. ARGUMENTS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[1] Accord sur les ADPIC, articles 41:2 et 42.
[2] Accord sur les ADPIC, articles 7 et 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

[3] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 93, note de bas de page 97.
[4] Pièce CHN-53.

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

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

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

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

2. Sanctions qui constituent un moyen de dissuasion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Habilitation conditionnelle à ordonner la destruction des marchandises contrefaites

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

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

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

III. CONCLUSION

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

ANNEXE C-5

DÉCLARATION ORALE DU BRÉSIL

1. Le Brésil se félicite d'avoir l'occasion de faire la présente déclaration orale en tant que tierce partie dans la présente procédure. Dans sa communication, il a souligné la pertinence systémique du présent différend et il a exposé ses vues sur l'importance des principes et flexibilités fondamentaux qui régissent le régime de protection de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC. De plus, dans sa communication, le Brésil a analysé certaines questions concernant les normes minimales de l'Accord sur les ADPIC applicables aux seuils d'infraction pénale et à la mise hors circuit des marchandises contrefaites.

2. Dans sa déclaration orale, le Brésil traitera d'un aspect du présent différend qu'il n'a pas abordé dans sa communication écrite, à savoir la notion de "protection automatique et immédiate des droits d'auteur" que prescrirait la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*.

3. Avant de traiter de la question du "caractère automatique", permettez-moi d'abord de faire une remarque générale concernant une observation formulée par les États-Unis dans leur première communication écrite. Au paragraphe 195, les États-Unis affirment que "[l]e droit d'auteur prend effet immédiatement une fois l'œuvre créée". Le Brésil est d'avis qu'une telle affirmation devrait être interprétée avec prudence, car elle donne la fausse impression que la protection du droit d'auteur est inconditionnelle et absolue, et dépend d'un seul facteur exclusif: la création de l'œuvre. Ce n'est pas le cas.

4. Le droit d'auteur pourrait ne *pas* prendre effet immédiatement une fois l'œuvre créée. En fait, les pays *peuvent* – et certains le font – fixer des conditions à l'octroi de la protection conférée par le droit d'auteur. Par exemple, l'article 2(2) de la Convention de Berne permet de prescrire dans la législation nationale que la protection sera accordée au moment de la *fixation* de l'œuvre sur une certaine forme de support matériel plutôt qu'une fois l'œuvre *créée*.

5. Cette mise en garde étant notée, le Brésil voudrait s'attacher dans sa déclaration à la notion voulant que – même si elle prend effet "une fois l'œuvre créée", sous réserve de la mise en garde ci-dessus – une telle protection ne prend pas effet dans le vide, en vertu d'une application *automatique* de la Convention de Berne à elle seule, sans tenir compte de la législation nationale des pays.

6. Les États-Unis prétendent que, conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne, une œuvre jouirait "immédiatement et automatiquement" de la protection conférée par le droit d'auteur.[1] Pour sa part, la Chine ne conteste pas une telle qualification. Elle la complète plutôt en affirmant qu'en vertu de sa Loi sur le droit d'auteur, "et *conformément à l'article 5(2) de la Convention de Berne*, le droit d'auteur est octroyé *automatiquement* et n'est subordonné à aucune formalité administrative".[2]

7. La Chine a spécifiquement fondé la notion de "caractère automatique" des droits, non sur la Convention de Berne directement, mais sur son propre droit national: "en vertu du droit chinois".[3] Cependant, les références que font les États-Unis au *caractère automatique* et au *caractère immédiat* des droits sont de nature générale et ouvrent la voie à une interprétation selon laquelle la Convention

[1] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 195.
[2] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 253, pas d'italique dans l'original.
[3] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 237 et 245.

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

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

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

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

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

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

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

---

[4] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 195 à 225.

[5] Voir http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/summary_berne.html#f2, consulté pour la dernière fois le 8 avril 2008.

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

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

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

[9] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 11 et 195.

ANNEXE C-6

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Article 41 de l'Accord

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

B. MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. REFUS DE PROTÉGER ET FAIRE RESPECTER LES DROITS CONNEXES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. CONCLUSION

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

ANNEXE C-7

DÉCLARATION ORALE DU CANADA

I. INTRODUCTION

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

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

II. SEUILS D'INFRACTION PÉNALE

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

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

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

a) Les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas choisi d'utiliser l'expression "échelle industrielle" ni l'expression "production industrielle". À l'évidence, ils voulaient désigner autre chose.

b) L'interprétation de la Chine s'attache au mot "échelle" sans tenir compte du mot "commercial".

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

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

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

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

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

III. MISE HORS CIRCUIT DES MARCHANDISES CONFISQUÉES

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

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

[1] Voir la pièce CHN-43.

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

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

a) Le don des marchandises à des organismes d'aide sociale pour leur propre utilisation pourrait apporter une aide à ces organismes. Cependant, il y a aussi le risque que ces organismes n'utiliseront pas eux-mêmes les marchandises mais les vendront plutôt et les introduiront de ce fait dans les circuits commerciaux. En fait, la Loi chinoise mentionnée dans la pièce US-59 autorise expressément l'organisme d'aide sociale à vendre les marchandises pour augmenter son revenu. Non seulement la Loi telle qu'elle est libellée est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC, mais la Chine a jugé nécessaire dans le cas d'un don au moins d'établir un accord secondaire aux termes duquel l'organisme d'aide sociale s'engage à ne pas introduire les marchandises dans les circuits commerciaux (je veux parler du don à la Croix-Rouge dont il est question au paragraphe 165 de la première communication écrite de la Chine). Malheureusement, une fois introduites dans les circuits commerciaux, ces marchandises contrefaites feront concurrence à celles du détenteur du droit et nuiront à sa réputation.

b) La deuxième option des autorités compétentes de la Chine, à savoir vendre les marchandises au détenteur du droit, impose une charge financière injustifiée au détenteur du droit.

c) La vente aux enchères ou autrement des marchandises à des tiers aurait, par définition, pour effet de les introduire dans les circuits commerciaux où elles causeront de nouveau un préjudice au détenteur du droit en concurrençant ses produits authentiques.

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

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

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

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

V. CONCLUSION

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

ANNEXE C-8

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

B. PRATIQUE ULTÉRIEURE

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

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

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

a) Le but de ces sanctions est "de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits".

b) Le contrevenant n'aura droit à aucun "dédommagement d'aucune sorte".

c) Les autorités "seront habilitées" à ordonner deux mesures correctives:

   i) mise à l'"écart[] des circuits commerciaux": ce qui devra se faire "de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit"; ou

   ii) destruction (à moins que la Constitution du Membre de l'OMC ne l'exclut).

d) Pour examiner s'il y a lieu d'ordonner l'une ou l'autre de ces deux mesures correctives, les autorités tiendront compte "du fait qu'il doit y avoir proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers".

e) Lorsque les autorités choisissent de ne pas ordonner l'application de l'une des deux mesures correctives, le simple fait de retirer la marque de fabrique ou de commerce apposée de manière illicite sur les marchandises contrefaites n'est pas suffisant pour permettre l'introduction des marchandises dans les circuits commerciaux, à moins qu'il n'existe une circonstance exceptionnelle.

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

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

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

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

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

V. CONCLUSION

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

ANNEXE C-9

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-10

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

I. LE SENS DE L'EXPRESSION "À UNE ÉCHELLE COMMERCIALE" FIGURANT À L'ARTICLE 61 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC[1]

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

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

1. Syntaxe et définitions du dictionnaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[2] La définition du mot espagnol "comercial" ressemble à celle du mot français "commercial".

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

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

3. Conclusion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-11

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DU JAPON

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

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

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

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

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

[1] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 49.
[2] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 55.

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

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

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

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

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

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

[3] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 58.
[4] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72.
[5] Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 8.
[6] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 72.

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

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

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

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

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

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

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

[7] Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 13.
[8] Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 22; document MTN.GNG/NG11/7, paragraphe 35 (21 juin 1988).
[9] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 74.

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

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

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

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

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

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

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

[10] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 76.
[11] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 76.
[12] Comité d'experts sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie de l'OMPI, Dispositions types pour les lois nationales, C&P/CE/2, distribuées les 18 et 19 février 1998, paragraphe 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSION

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

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

[15] Par exemple, première communication écrite de la Chine, paragraphes 40 et 137.

[16] Par exemple, première communication écrite de la Chine, paragraphes 62 ou paragraphes 117 et suivants.

ANNEXE C-12

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

I. INTRODUCTION

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

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

II. ARGUMENT JURIDIQUE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[1] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 17.
[2] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.

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

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

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

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

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

III. CONCLUSION

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

[3] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 52 à 57.
[4] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.
[5] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 19.

ANNEXE C-13

DÉCLARATION ORALE DE LA CORÉE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-14

COMMUNICATION DU MEXIQUE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. INTRODUCTION

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

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

II. CHARGE DE LA PREUVE

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

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

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

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

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

activités sans s'exposer à des sanctions pénales pour les atteintes portées à des DPI à une échelle commerciale.[1]

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

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

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

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

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

La Chine fait valoir que l'expression "échelle commerciale" désigne une "activité d'une ampleur considérable"[4] et une "entreprise commerciale viable".[5]

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

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

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

[1] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 4 et 5.
[2] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110. Les États-Unis présentent deux types d'activités qui répondent à la définition d'"échelle commerciale" mais précisent que "la présente communication porte essentiellement sur le premier type d'activités".
[3] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 67.
[4] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 4, 61 et 62, 64, 72 et 117.
[5] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 133.

> lesquelles est apposée une telle marque est un délit si le volume des ventes est d'au moins 50 000 RMB (article 214); et la production ou la vente de telles marques est un délit si le volume des activités illicites est d'au moins 50 000 RMB, si les gains illicites représentent au moins 30 000 RMB, ou s'il existe au moins 20 000 copies contrefaites d'articles de marque (article 215).
>
> La reproduction et/ou la distribution non autorisées de diverses œuvres sont un délit si l'un des seuils suivants est atteint: les gains illicites représentent au moins 30 000 RMB, le volume des activités illicites est d'au moins 50 000 RMB, ou il existe au moins 500 copies contrefaites (article 217); et la vente de copies pirates est un délit si les gains illicites représentent au moins 100 000 RMB (environ 13 850 dollars) (article 218)."[6]

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

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

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

IV. CONCLUSION

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

[6] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 20 et 21.

ANNEXE C-15

DÉCLARATION ORALE DU MEXIQUE

I. INTRODUCTION

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

II. INTERPRÉTATION DE L'EXPRESSION "ÉCHELLE COMMERCIALE"

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

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

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

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

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

[1] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 4, 61 et 62, 64, 72 et 117.
[2] Première communication écrite de la Chine, paragraphe 133.
[3] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.
[4] Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 5.

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

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

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

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

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

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

[5] Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 26.
[6] Communication du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 36.
[7] Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphes 26 et 30.
[8] Voir: Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española: **2.** f. Sucesión ordenada de valores distintos de una misma cualidad [Succession ordonnée de valeurs différentes d'une seule et même qualité]. *Escala de colores, de dureza*.
[9] Première communication écrite de la Chine, paragraphes 73 à 78 et 133.

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

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

III. L'EFFET DISSUASIF DES PROCÉDURES ET SANCTIONS PÉNALES

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

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

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

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

[10] Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 11.
[11] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 151.
[12] Communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphes 19 et 20.
[13] Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 3 et 4.

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

IV. CONCLUSION

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

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

ANNEXE C-16

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

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

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

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

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

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

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

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

III. INTERPRÉTATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

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

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

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

IV. CHARGE DE LA PREUVE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-17

DÉCLARATION ORALE DU TAIPEI CHINOIS

1. Merci, Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial.

2. En tant que tierce partie dans la présente procédure, nous n'appuyons aucune partie au différend. Nous faisons la présente déclaration parce que nous avons un intérêt systémique dans l'interprétation correcte des diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

3. Notre communication écrite comprend deux parties. Dans la première partie, nous énonçons certains principes généraux que devrait, à notre avis, appliquer le Groupe spécial pour procéder à une évaluation objective du différend. En particulier, nous avons fait des renvois à la jurisprudence de l'OMC. Dans la deuxième partie, nous exposons nos vues sur les dispositions spécifiques pertinentes et sur les mesures en cause. Je n'entends pas aborder tous ces points dans le détail, mais je voudrais simplement souligner les principes qui, selon nous, nous semblent les plus importants pour la présente affaire et les aspects qui nous préoccupent le plus.

4. Le premier principe fondamental est que l'Accord sur les ADPIC est un accord qui établit des normes minimales. L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC prescrit le minimum qui est exigé des Membres pour protéger les droits de propriété intellectuelle. Les Membres doivent prendre les mesures juridiques et administratives nécessaires pour s'assurer qu'il est donné effet aux droits et obligations énoncées dans l'Accord, mais ils sont libres de déterminer eux-mêmes quel est le meilleur moyen de mettre en œuvre leurs obligations au titre de l'Accord dans le contexte de leurs propres systèmes juridiques. Les Membres ne doivent toutefois pas promulguer de mesures de protection qui iraient à l'encontre de ces droits et obligations.

5. Par ailleurs, l'article 3:2 du Mémorandum d'accord demande à l'ORD de clarifier les dispositions des Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Ainsi que l'ont noté un certain nombre de groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leurs rapports, ces "règles coutumières d'interprétation" sont incorporées au texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 – aux articles 31 et 32 pour être précis.

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

7. Maintenant, si vous le permettez, Monsieur le Président, je voudrais aborder la deuxième partie de notre communication, qui expose nos vues sur les dispositions et mesures pertinentes spécifiques qui sont en cause, à commencer par les seuils d'infraction pénale de la Chine et l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) dons à un organisme d'aide sociale approprié;

b) vente aux détenteurs des droits; ou

c) mise aux enchères après avoir retiré les éléments portant atteinte aux droits.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANNEXE C-18

DÉCLARATION ORALE DE LA THAÏLANDE

I. INTRODUCTION

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

II. SEUILS D'INFRACTION PÉNALE DE LA CHINE

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

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

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

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

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

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

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

b) dans le cas où les marchandises ne peuvent pas être utilisées à des fins d'aide sociale, et que le détenteur du droit n'est pas disposé à les acheter, mettre les marchandises aux enchères après en avoir retiré les éléments portant atteinte aux droits; et

c) dans le cas des marchandises confisquées qui ne pourraient pas être mises hors circuit par les moyens indiqués aux points 1) et 2), procéder à la destruction des marchandises.

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

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

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

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

IV. CONCLUSION

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

ANNEXE D

DIVERS

TABLE DES MATIÈRES		PAGE
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

ANNEXE D-1

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS362/7
21 août 2007

(07-3501)

Original: anglais

CHINE – MESURES AFFECTANT LA PROTECTION ET LE RESPECT DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Demande d'établissement d'un groupe spécial
présentée par les États-Unis

La communication ci-après, datée du 13 août 2007 et adressée par la délégation des États-Unis au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

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 1er 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.[1] Les États-Unis ont tenu des consultations avec la Chine les 7 et 8 juin 2007. Ces consultations ont apporté quelques clarifications utiles mais n'ont malheureusement pas permis de régler le différend.

I. Seuils pour les procédures pénales et les peines

Les États-Unis estiment que la Chine n'a pas prévu de procédures pénales ni de peines applicables pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale, qui n'atteignent pas certains seuils. La Chine a établi ces seuils par le biais des mesures ci-après:

1) le Code pénal de la République populaire de Chine (adopté à la deuxième session de la cinquième Assemblée populaire nationale le 1er juillet 1979 et révisé à la cinquième

[1] WT/DS362/1.

session de la huitième Assemblée populaire nationale le 14 mars 1997) ("Code pénal"), en particulier les articles 213, 214, 215, 217, 218 et 220;

2) 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 1331ème session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême le 2 novembre 2004 et à la 28ème session de la dixième chambre d'accusation du Parquet populaire suprême le 11 novembre 2004 et prenant effet le 22 décembre 2004) ("l'Interprétation judiciaire de décembre 2004"); et

3) 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) (adoptée le 4 avril 2007, à la 1422ème session du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême et à la 75ème session de la dixième chambre d'accusation du Parquet populaire suprême, et prenant effet le 5 avril 2007) ("l'Interprétation judiciaire d'avril 2007");

ainsi que toutes modifications, mesures connexes[2] ou mesures de mise en œuvre.

Les articles 213, 214 et 215 du Code pénal décrivent certains actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce qui peuvent faire l'objet de procédures pénales et de peines. Cependant, aux termes de l'article 213, les procédures pénales et les peines sont uniquement possibles "si les circonstances sont graves" ou "si les circonstances sont particulièrement graves". Aux termes de l'article 214, les procédures pénales et les peines sont uniquement possibles "si le montant des ventes [des produits portant des marques enregistrées contrefaites] est relativement important" ou "si le montant des ventes est considérable". Aux termes de l'article 215, les procédures pénales et les peines sont uniquement possibles "si les circonstances sont graves" ou "si les circonstances sont particulièrement graves".

Les articles 217 et 218 du Code pénal décrivent certains actes de piratage portant atteinte au droit d'auteur qui peuvent faire l'objet de procédures pénales et de peines. Cependant, aux termes de l'article 217, les procédures pénales et les peines sont uniquement possibles "si le montant des gains illicites est relativement important, ou s'il y a d'autres circonstances graves" ou "si le montant des gains illicites est considérable ou s'il y a d'autres circonstances particulièrement graves". Aux termes de l'article 218, les procédures pénales et les peines sont uniquement possibles "si le montant des gains illicites est considérable".

L'article 220 du Code pénal prévoit la possibilité de procédures et de peines lorsque les délits décrits aux articles 213 à 219 sont commis par une "unité", par opposition à des personnes physiques.

Le Code pénal ne contient pas de définition pour les seuils correspondant aux termes "graves", "particulièrement graves", "relativement important" et "considérable", tels qu'ils sont utilisés dans les articles susmentionnés. Cependant, l'Interprétation judiciaire de décembre 2004 et l'Interprétation judiciaire d'avril 2007 contiennent bien ces définitions, qui se fondent sur des seuils indiqués comme étant des "volumes [minimaux] des activités commerciales illicites" (établis en

[2] Ces autres mesures connexes comprennent l'Explication de certaines questions relatives à l'application concrète de la loi dans l'instruction des affaires pénales concernant des publications illégales, Fa Se (1998) n° 30 (adoptée par le Comité des décisions judiciaires de la Cour populaire suprême à sa 1032ème réunion le 11 décembre 1998 et prenant effet le 23 décembre 1998) et les Lignes directrices concernant les poursuites dans les affaires pénales publiées conjointement par le Parquet populaire suprême et le Ministère de la sécurité publique (18 avril 2001).

fonction de la valeur minimale des produits fabriqués, stockés, transportés ou vendus), des "gains illicites" minimaux ou des nombres minimaux de "copies illicites".

Les actes de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce et de piratage portant atteinte à un droit d'auteur qui n'atteignent pas les seuils pour l'interprétation législative et judiciaire indiqués ci-dessus ne sont donc pas visés par les articles 213, 214, 215, 217, 218 et 220 du Code pénal.

En conséquence, il apparaît qu'en raison des seuils décrits ci-dessus, il y a des 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, pour lesquels la Chine n'a pas prévu de procédures pénales ni de peines applicables. Il apparaît aussi qu'en raison des seuils décrits ci-dessus, il y a des 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, pour lesquels des sanctions sous forme d'emprisonnement et/ou d'amendes suffisantes pour être dissuasives ne sont pas possibles en Chine. De plus, il apparaît qu'en raison des seuils décrits ci-dessus, la Chine ne fait pas en sorte que sa législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, de manière à permettre une action efficace contre tout 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.

Les mesures de la Chine apparaissent donc incompatibles avec les obligations de la Chine au titre des articles 61 et 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

II. Mise hors circuit des marchandises confisquées par les autorités douanières qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle

Les États-Unis estiment que les mesures prises par la Chine pour mettre hors circuit les marchandises confisquées qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle apparaissent 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:

1) le Règlement de la République populaire de Chine régissant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle (adopté à la 30ème 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 prenant effet le 1er mars 2004) ("Règlement sur la protection douanière des DPI"), en particulier son chapitre 4;

2) 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 régissant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle (adoptées lors d'une réunion sur les affaires administratives de l'Administration générale des douanes le 22 avril 2004, publiées par l'Administration générale des douanes avec l'Ordonnance n° 114 du 25 mai 2004 et prenant effet le 1er juillet 2004) ("Mesures de mise en œuvre de la protection douanière des DPI"), en particulier leur chapitre 5; et

3) l'Avis n° 16 (2 avril 2007) de l'Administration générale des douanes;

ainsi que toutes modifications, mesures connexes[3] ou mesures de mise en œuvre.

[3] Ces autres mesures connexes comprennent la Loi de la République populaire de Chine sur les sanctions administratives (adoptée à la quatrième session de la huitième Assemblée populaire nationale le

L'article 27 du Règlement sur la protection douanière des DPI et l'article 30 des Mesures de mise en œuvre de la protection douanière des DPI énoncent une hiérarchie de prescriptions pour la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle qui sont confisquées par les autorités douanières chinoises. Suivant cette hiérarchie, les autorités douanières sont tenues de donner la priorité à des solutions de mise hors circuit qui permettent à ces marchandises d'entrer dans les circuits commerciaux (par exemple, par le biais de la mise en adjudication des marchandises après l'élimination de leurs éléments portant atteinte aux droits). C'est seulement si les éléments portant atteinte aux droits ne peuvent pas être éliminés que les marchandises doivent être détruites.

Il apparaît que la mise en circulation de marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle dans les circuits commerciaux dans les circonstances prévues par les mesures en cause ne constitue pas la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC. En conséquence, il apparaît que la prescription des mesures en cause qui impose aux autorités douanières chinoises de mettre en circulation les marchandises portant atteinte aux droits dans les circuits commerciaux dans les circonstances prévues par ces mesures signifie que les autorités douanières chinoises ne sont pas habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46 de l'Accord sur les ADPIC. Les mesures en cause apparaissent donc incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

III. Refus d'assurer la protection et le respect du droit d'auteur et des droits connexes pour les œuvres qui n'ont pas été autorisées en vue de la publication ou de la distribution en Chine

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

1) la Loi sur le droit d'auteur[4], en particulier l'article 4;

2) le Code pénal, 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[5];

---

17 mars 1996, promulguée par l'Ordonnance n° 63 du Président de la République populaire de Chine le 17 mars 1996 et prenant effet le 1er octobre 1996), et, en particulier, l'article 53 de la loi.

[4] Adoptée à la 15ème 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 24ème session du Comité permanent de la neuvième Assemblée populaire nationale le 27 octobre 2001. *Voir Principales lois et réglementations consacrées à la propriété intellectuelle notifiées au titre de l'article 63:2 de l'Accord: Chine*, document IP/N/1/CHN/C/1, distribué le 8 juillet 2002.

[5] Tels qu'ils ont été indiqués par la Chine en réponse à une question dans le document intitulé *Examen de la législation: Chine*, IP/Q/CHN/1, distribué le 10 décembre 2002, section V.A.3.

3) le Règlement sur l'administration de l'industrie cinématographique[6];

4) le Règlement administratif sur les produits audiovisuels[7];

5) le Règlement administratif sur l'édition[8];

6) le Règlement administratif sur les publications électroniques[9];

7) les Mesures relatives à l'administration des importations de produits audio et vidéo[10];

8) 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[11];

9) les Procédures d'examen et d'approbation de l'importation de publications électroniques finies par des entités importatrices de publications électroniques[12];

10) les Procédures d'enregistrement des publications importées[13];

11) le Règlement intérimaire sur l'administration de la culture Internet[14]; et

12) les divers Avis sur le développement et la réglementation de la musique sur réseau[15];

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

L'article 5(1) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971)* (la "Convention de Berne") prévoit que les auteurs étrangers d'œuvres protégées jouiront de tous les droits accordés aux auteurs nationaux, ainsi que de tous les droits spécialement accordés par la Convention.[16] De plus, ces droits ne peuvent être subordonnés à aucune formalité (article 5(2) de la Convention de Berne). L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que tous les

[6] Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 342, adoptée à la 50ème réunion exécutive du Conseil des affaires de l'État le 12 décembre 2001, promulguée le 25 décembre 2001.

[7] Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 341, adoptée à la 50ème réunion exécutive du Conseil des affaires de l'État le 12 décembre 2001, promulguée le 25 décembre 2001.

[8] Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 343, adoptée à la 50ème réunion exécutive du Conseil des affaires de l'État le 12 décembre 2001, promulguée le 25 décembre 2001.

[9] Ordonnance n° 11 de l'Administration générale de la presse et des publications (30 décembre 1997).

[10] Décret n° 23 du Ministère de la culture et de l'Administration générale des douanes (17 avril 2002).

[11] Administration générale de la presse et des publications (27 décembre 2005) (Base d'établissement: Décision sur l'établissement d'un régime de licences administratives pour les articles qui doivent rester assujettis à l'examen et à l'approbation administratifs du Conseil des affaires de l'État [Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 412]).

[12] Administration générale de la presse et des publications (27 décembre 2005) (Base d'établissement: Décision sur l'établissement d'un régime de licences administratives pour les articles qui doivent rester assujettis à l'examen et à l'approbation administratifs du Conseil des affaires de l'État [Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 412]).

[13] Administration générale de la presse et des publications (27 décembre 2005) (Base d'établissement: article 45 du Règlement administratif sur les publications [Ordonnance du Conseil des affaires de l'État n° 343]).

[14] Promulgué dans l'Ordonnance n° 27 du Ministère de la culture (10 mai 2003), modifié par l'Ordonnance n° 32 du Ministère de la culture (1er juillet 2004).

[15] Ministère de la culture (20 novembre 2006).

[16] Les droits spécialement accordés par la Convention de Berne comprennent, entre autres choses, le droit de reproduction (article 9(1) de la Convention), le droit d'adaptation (article 12 de la Convention) et le droit de traduction (article 8 de la Convention).

Membres de l'OMC, entre autres choses, se conforment aux articles 1er à 21 de la Convention de Berne.[17]

La Loi de la Chine sur le droit d'auteur constitue le fondement juridique de la protection du droit d'auteur en Chine pour les œuvres d'auteurs chinois et étrangers, et prévoit un éventail de droits pour ces auteurs (par exemple, les droits de reproduction, de traduction et d'adaptation). En outre, elle prévoit des protections légales spécifiques pour les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs d'enregistrements sonores et les organismes de radiodiffusion. Cependant, la première phrase de l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur dispose ce qui suit: "Les œuvres dont la publication ou la distribution sont interdites par la loi ne sont pas protégées par la présente loi." En conséquence, il apparaît que les auteurs d'œuvres dont la publication ou la distribution en Chine est interdite (telles que les œuvres dont la publication ou la distribution n'a pas été autorisée en Chine[18]) ne bénéficient pas de la protection spécialement accordée par la Convention de Berne pour ces œuvres (et ne peuvent, apparemment, jamais bénéficier de cette protection si l'œuvre n'est pas autorisée, ou n'est pas autorisée en vue de la distribution ou de la publication sous la forme présentée pour l'examen). En causant ce refus d'assurer la protection du droit d'auteur, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. En outre, il apparaît que les droits d'auteur des auteurs d'œuvres dont la publication ou la distribution doivent faire l'objet d'un examen avant publication ou avant distribution sont subordonnés à la formalité qui est l'issue positive de l'examen en question. En soumettant la protection du droit d'auteur à cette formalité, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

En outre, l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que la Chine ménage aux artistes interprètes ou exécutants, entre autres choses, la possibilité d'empêcher certains actes, et accorde aux producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs enregistrements sonores (à savoir collectivement les "droits connexes"). Dans la mesure où l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur refuse aussi l'octroi de la protection des droits connexes en ce qui concerne les exécutions (ou leurs fixations) ou les enregistrements sonores dont la publication ou la distribution n'a pas été autorisée ou est interdite par ailleurs en Chine, l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC.

Par ailleurs, il apparaît que les mesures en cause 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.[19] Il apparaît que ces processus différents, considérés conjointement avec l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, ont 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. En outre, dans la mesure où l'article 4 s'applique en ce qui concerne les droits connexes, il apparaît que ces processus différents, considérés conjointement avec l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, ont pour effet d'assurer la protection et le respect des droits connexes plus rapidement et d'une manière plus favorable par ailleurs pour les exécutions (ou leurs fixations) d'artistes interprètes ou exécutants chinois et les enregistrements sonores de producteurs chinois que pour les exécutions (ou leurs

[17] Toutefois, les Membres de l'OMC n'ont pas de droits ni d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6*bis* de la Convention de Berne ou les droits qui en sont dérivés.

[18] Voir, par exemple, le Règlement sur l'administration de l'industrie cinématographique, articles 24 et 42, et le Règlement administratif sur les publications électroniques, articles 58, 59 et 72.

[19] Voir, par exemple, le Règlement administratif sur les produits audiovisuels, articles 16, 28 et 36, et le Règlement administratif sur les publications électroniques, articles 28, 33, 58 et 59.

fixations) d'artistes interprètes ou exécutants étrangers et les enregistrements sonores de producteurs étrangers. Les mesures en cause apparaissent donc incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui prévoit que, sous réserve de certaines exceptions et restrictions, chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle. En outre, du fait que 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, empêche les auteurs étrangers d'œuvres dont la publication ou la distribution n'a pas été autorisée ou est interdite par ailleurs de jouir des droits accordés aux auteurs chinois, les mesures en cause apparaissent incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC (en ce qui concerne au moins l'obligation de la Chine, au titre de cet article de l'Accord sur les ADPIC, de se conformer à l'article 5(1) et 5(2) de la Convention de Berne).

En outre, il apparaît que 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, fait qu'il est impossible de faire respecter le droit d'auteur (et, dans la mesure où ils sont couverts par l'article 4, les droits connexes) en ce qui concerne les œuvres, exécutions ou enregistrements sonores dont la publication ou la distribution en Chine n'a pas été autorisée ou est interdite par ailleurs. Il apparaît en conséquence qu'en raison des mesures en cause la Chine ne fait pas en sorte que sa législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, de manière à permettre une action efficace (y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte) contre des actes portant atteinte à ces droits d'auteur et droits connexes dans ces circonstances, et que la Chine ne prévoit pas de procédures pénales ni de peines applicables à certains actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur. Les mesures en cause apparaissent donc incompatibles avec des obligations de la Chine au titre des articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC.

* * * * *

En conséquence, les États-Unis ont l'honneur de demander, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, que l'Organe de règlement des différends établisse un groupe spécial, doté du mandat type énoncé à l'article 7:1 du Mémorandum d'accord, pour examiner ces questions.

ANNEXE D-2

LETTRE DU GROUPE SPÉCIAL AU BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, DATÉE DU 21 AVRIL 2008

À sa réunion du 25 septembre 2007, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a établi le Groupe spécial *Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, par suite de la demande présentée par les États-Unis dans le document WT/DS362/7 (voir le document ci-joint) au titre de l'article 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Le 13 décembre 2007, un groupe spécial a été constitué afin d'examiner cette plainte (voir ci-joint le document WT/DS362/8).

Au cours de la procédure, il a été question de certaines dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques jugées pertinentes aux fins de l'interprétation des obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC. Étant donné que le Bureau international de l'OMPI est chargé de voir à l'application de ladite convention, le Groupe spécial lui adresse le présent courrier afin de lui demander de l'aider en lui communiquant tous renseignements factuels dont il dispose qui sont pertinents aux fins de l'interprétation des dispositions en question, en particulier tels qu'ils ressortent des documents des conférences diplomatiques et des développements ultérieurs dans le cadre de l'Union de Berne.

À ce stade, le Groupe spécial sollicite l'aide du Bureau au sujet des dispositions spécifiques suivantes de la Convention de Berne:

- l'article 5 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, en particulier:
  - l'alinéa 1 pour ce qui est de la disposition selon laquelle "les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, ... des droits spécialement accordés par la présente Convention"; et
  - l'alinéa 2 en ce qui concerne la disposition selon laquelle "la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité"; et
- l'article 17 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, en particulier en ce qui concerne sa relation avec l'article 5.

Les travaux du Groupe spécial seraient facilités si ces renseignements pouvaient être communiqués d'ici au jeudi 15 mai 2008.

ANNEXE D-3

RÉPONSE DU BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, DATÉE DU 6 JUIN 2008

Je vous remercie de votre lettre du 21 avril 2008, adressée à M. Kamil Idris, Directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), dans laquelle vous demandiez au Bureau international de vous aider en vous communiquant les renseignements disponibles sur les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui sont pertinentes aux fins de l'interprétation des articles 5 et 17, en particulier tels qu'ils ressortent des documents des conférences diplomatiques et des développements ultérieurs dans le cadre de l'Union de Berne.

Vous trouverez ci-joint une note relative à votre demande. Nous restons à votre disposition si vous avez besoin de plus amples renseignements ou de conseils.

NOTE

sur certaines dispositions de la Convention de Berne dont il a été question
à l'Organisation mondiale du commerce

1. La présente note contient les observations du Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en réponse à la demande que M. Adrian Macey, Président du Groupe spécial Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter, établi par suite de la demande présentée par les États-Unis dans le document WT/DS362/7, a adressée à M. Kamil Idris, Directeur général de l'OMPI, dans une lettre du 21 avril 2008.

2. Les renseignements demandés concernant le différend porté devant le Groupe spécial susmentionné dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC sont les suivants:

> "Tous renseignements factuels dont dispose le Bureau international sur les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui sont pertinentes aux fins de l'interprétation des dispositions en question, en particulier tels qu'ils ressortent des documents des conférences diplomatiques et des développements ultérieurs dans le cadre de l'Union de Berne:
>
> > au sujet de l'article 5 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, en particulier:
> >
> > - l'alinéa 1 pour ce qui est de la disposition selon laquelle "les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, ... des droits spécialement accordés par la présente Convention"; et
> >
> > - l'alinéa 2 en ce qui concerne la disposition selon laquelle "la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité"; et
> >
> > l'article 17 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, en particulier en ce qui concerne sa relation avec l'article 5."

3. Les renseignements figurant dans la présente note résultent de l'analyse des actes des conférences de la Convention de Berne ci-après, présentées par ordre chronologique:

- la Conférence diplomatique de 1884: Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur, qui s'est tenue à Berne du 8 au 19 septembre 1884;
- la Conférence diplomatique de 1885: deuxième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui s'est tenue à Berne du 7 au 18 septembre 1885;
- la Conférence diplomatique de 1886 (Acte de Berne): troisième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui s'est tenue à Berne du 6 au 9 septembre 1886;
- la Conférence diplomatique de 1896 (Acte de Paris): Conférence diplomatique qui s'est tenue à Paris du 15 avril au 4 mai 1896;

- la Conférence diplomatique de 1908 (Acte de Berlin): Conférence diplomatique qui s'est tenue à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908;

- Protocole additionnel de 1914 (Protocole de Berne): Protocole additionnel à la Convention signé à Berne sans la tenue d'une conférence de révision;

- la Conférence diplomatique de 1928 (Acte de Rome): Conférence diplomatique qui s'est tenue à Rome, du 7 mai au 2 juin 1928;

- la Conférence diplomatique de 1948 (Acte de Bruxelles): Conférence diplomatique qui s'est tenue à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948;

- la Conférence diplomatique de 1967 (Acte de Stockholm): la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle qui s'est tenue du 11 juin au 14 juillet 1967;

- la Conférence diplomatique de 1971 (Acte de Paris): la Conférence diplomatique de révision de la Convention de Berne qui s'est tenue à Paris du 5 au 24 juillet 1971.

4. La présente note a été établie, pour une partie, sur la base de l'examen des actes officiels et, pour l'autre partie, uniquement à partir des index. Les actes officiels des conférences susmentionnées ne sont pas indexés par article, à l'exception de ceux de la Conférence de Stockholm de 1967.

5. Le Protocole additionnel (1914) à la Convention et les actes de la Conférence de Paris de 1971 ne mentionnent ni ne modifient les articles 5 et 17. Aucun renseignement extrait de ces actes ne figure dans la présente note.

6. Les autres documents relatifs aux développements ultérieurs dans le cadre de l'Union de Berne, tels que la période dite du "développement guidé" ("guided development")[1] de 1967 à 1991, et la mise en œuvre des dispositions conventionnelles dans toutes les législations nationales des États membres de l'Union de Berne n'ont pas été analysés aux fins de la présente note. Cette vaste documentation n'a pas été indexée systématiquement dans le détail. Toute sélection de documents jugés pertinents au regard des dispositions spécifiques susmentionnées comporterait inévitablement des risques d'interprétation qui seraient incompatibles avec la neutralité de l'OMPI à l'égard du différend susmentionné. Cependant, le Bureau international est disposé à communiquer tout document non confidentiel en sa possession si la demande est formulée de façon que celui-ci puisse être trouvé sans que le Bureau international ait à interpréter les dispositions de droit matériel de la Convention de Berne.

Article 5, alinéa 1 (droits garantis) et alinéa 2 (aucune formalité)

7. La protection des droits garantis par l'article 5(1), qui comporte deux éléments distincts: i) le traitement national, et ii) les droits spécialement accordés par la Convention, a été reprise dans l'Acte de Berlin, à l'article 4, et n'a pas fait l'objet de modifications importantes dans les révisions ultérieures.

8. Le libellé de la disposition relative à l'absence de formalité en matière de protection, qui figure maintenant à l'article 5(2), n'a pas été modifié depuis l'Acte de Berlin (il figurait alors à l'article 4(2)). Les questions liées au respect de formalités font l'objet de discussions depuis la Conférence diplomatique de 1884.

[1] Expression employée par Sam Ricketson dans: "The Berne Convention, for the Protection of Literary and Artistic Works", Centre for Commercial Law Studies, Kluwer, 1987, page 919.

9. L'annexe I de la présente note contient les extraits ci-après de la Conférence internationale de 1884, en ce qui concerne l'article 2:

a) extraits du programme proposé par le Conseil fédéral suisse[2],

b) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. Numa Droz)[3],

c) extraits du procès-verbal de la cinquième séance (Président: M. Numa Droz)[4],

d) extraits du Projet de convention concernant la création d'une Union générale pour la protection des droits d'auteur.[5]

10. L'annexe II de la présente note contient les extraits ci-après de la deuxième Conférence internationale de 1885, en ce qui concerne l'article 2:

a) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. Numa Droz)[6],

b) extraits du procès-verbal de la troisième séance (Président: M. Numa Droz)[7],

c) extraits du Rapport de la Commission (Président: M. Numa Droz)[8],

d) extraits du texte adopté par la Conférence.[9]

11. L'annexe III de la présente note contient les extraits ci-après de la troisième Conférence internationale de 1886, en ce qui concerne l'article 2:

a) texte de l'article 2 de la Convention.[10]

12. L'annexe IV de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Paris (1896) de la Convention, en ce qui concerne l'article 2:

a) proposition de modification de l'Administration française[11],

b) extraits des vœux se rapportant à des dispositions de la Convention[12],

c) extraits des vœux se rapportant aux législations intérieures[13],

---

[2] Source: Actes de la Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884 (ci-après dénommés "Actes de 1884"), page 11.

[3] Source: Actes de 1884, pages 27 et 30.

[4] Source: Actes de 1884, pages 39 à 43.

[5] Source: Actes de 1884, pages 77 et 78.

[6] Source: Actes de la deuxième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885 (ci-après dénommés "Actes de 1885"), pages 19 à 21.

[7] Source: Actes de 1885, pages 25 à 28.

[8] Source: Actes de 1885, pages 39 et 42.

[9] Source: Actes de 1885, pages 73 et 74.

[10] Source: Actes de la troisième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 au 9 septembre 1886 (ci-après dénommés "Actes de 1886"), pages 27, 30 et 32.

[11] Source: Actes de la conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896 (ci-après dénommés "Actes de 1896"), pages 35, 36 et 37.

[12] Source: Actes de 1896, pages 53 et 54.

[13] Source: Actes de 1896, page 75.

d) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. C. de Freycinet)[14],

e) extrait du Tableau des propositions, contre-propositions et amendements soumis à la Conférence[15],

f) extraits du procès-verbal de la troisième séance (Président: M. C. de Freycinet)[16],

g) extraits des propositions adoptées par la Commission et présentées à la Conférence dans sa séance[17],

h) extraits du Rapport présenté au nom de la Commission par la Délégation française[18],

j) extraits de l'Acte adopté[19],

k) déclaration interprétative.[20]

13. L'annexe V de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Berlin (1908) de la Convention:

a) extraits des propositions de modifications de l'article 2[21],

b) extraits du texte provisoire de la Convention[22],

c) extraits des vœux se rapportant à l'article 2 de la Convention[23],

d) extraits des vœux se rapportant aux législations intérieures[24],

e) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. Von Studt). Présentation de la proposition du gouvernement allemand, faite par M. Osterrieth[25],

f) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. Von Studt). Présentation de la proposition du gouvernement allemand, faite par M. Rothlisberger[26],

g) extrait du tableau des propositions, contre-propositions et amendements soumis à la Conférence[27],

[14] Source: Actes de 1896, pages 103, 111 et 112.
[15] Source: Actes de 1896, page 121.
[16] Source: Actes de 1896, pages 127 à 132.
[17] Source: Actes de 1896, pages 153 et 157.
[18] Source: Actes de 1896, pages 160 à 164.
[19] Source: Actes de 1896, pages 217 et 220.
[20] Source: Actes de 1896, page 225.
[21] Source: Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 (ci-après dénommés "Actes de 1908"), pages 55 à 57.
[22] Source: Actes de 1908, pages 71 et 72.
[23] Source: Actes de 1908, pages 81 à 83.
[24] Source: Actes de 1908, pages 104 et 105.
[25] Source: Actes de 1908, pages 157, 160, 161 et 169.
[26] Source: Actes de 1908, pages 177 et 178.
[27] Source: Actes de 1908, pages 184 et 185.

h) exposé des motifs des modifications nouvelles présenté par la Délégation belge[28],

i) extraits du procès-verbal de la troisième séance (Président: M. Von Studt)[29],

j) extraits des annexes au procès-verbal de la troisième séance. Rapport présenté à la Conférence au nom de sa Commission, en ce qui concerne l'article 4 (M. Louis Renault)[30],

k) extraits du projet d'une Convention révisée en ce qui concerne l'article 4[31],

l) extrait du tableau des propositions, contre-propositions et amendements soumis à la Commission[32],

m) extraits de l'Acte adopté en ce qui concerne l'article 4.[33]

14. L'annexe VI de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Rome (1928) de la Convention, en ce qui concerne l'article 4, premier et deuxième alinéas:

a) extraits des vœux se rapportant à des dispositions spécifiques de la Convention[34],

b) extraits des vœux ne se rapportant pas à des dispositions spécifiques de la Convention[35] ,

c) extraits du Programme de la Conférence[36],

d) extraits des propositions, contre-propositions et observations de l'Administration britannique[37],

e) extraits des propositions, contre-propositions et observations de l'Administration française[38],

f) extraits des propositions, contre-propositions et observations de l'Administration norvégienne[39],

g) extraits du résumé des propositions et de la discussion[40],

h) extraits de la deuxième séance plénière[41],

---

[28] Source: Actes de 1908, pages 192 à 199.
[29] Source: Actes de 1908, pages 209 et 214.
[30] Source: Actes de 1908, pages 225, 240 et 241.
[31] Source: Actes de 1908, pages 278 et 279.
[32] Source: Actes de 1908, pages 283 et 284.
[33] Source: Actes de 1908, pages 311 et 315.
[34] Source: Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928 (ci-après dénommés "Actes de 1928"), pages 30 et 40.
[35] Source: Actes de 1928, pages 41 et 45.
[36] Source: Actes de 1928, pages 61, 67 et 68.
[37] Source: Actes de 1928, pages 87, 91 et 92.
[38] Source: Actes de 1928, page 99.
[39] Source: Actes de 1928, page 111.
[40] Source: Actes de 1928, pages 221, 233 et 234.
[41] Source: Actes de 1928, pages 285 et 290.

i) extraits de l'Acte adopté.[42]

15. L'annexe VII de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Bruxelles (1948) de la Convention, en ce qui concerne l'article 4, premier et deuxième alinéas:

a) extrait de l'adoption du texte de l'Acte[43],

b) extraits du Rapport général (présenté par M. Marcel Plaisant, Rapporteur général)[44],

c) extraits des travaux préparatoires et débats[45],

d) extraits des vœux émis par divers congrès et assemblées entre 1927 et 1935, se rapportant à l'article 4[46],

e) extraits des vœux émis par divers congrès et assemblées entre 1927 et 1935, ne se rapportant pas à des dispositions spécifiques de la Convention[47],

f) extraits des vœux émis par divers congrès et assemblées entre 1927 et 1935, se rapportant à certains pays[48],

g) extraits de l'Acte adopté.[49]

16. L'annexe VIII de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Stockholm (1967) de la Convention, en ce qui concerne l'article 5, alinéas 1 et 2:

a) proposition de base (Suède et BIRPI) au sujet de l'article 4, alinéas 1 et 3, document S/1[50],

b) observations du gouvernement suisse sur les propositions de base, en ce qui concerne l'article 4(1)[51],

c) observations du Secrétariat sur les propositions de base, en ce qui concerne l'article 4, alinéas 1 et 3[52],

d) proposition du Président de la Commission principale n° I au sujet de l'article 5, alinéas 1 et 2[53],

---

[42] Source: Actes de 1928, pages 329 et 337.
[43] Source: documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948 (ci-après dénommés "Documents de 1948"), page 81.
[44] Source: documents 1948, pages 93 et 96.
[45] Source: documents 1948, pages 133, 170 à 172 et 178.
[46] Source: documents 1948, page 438.
[47] Source: documents 1948, page 475.
[48] Source: documents 1948, page 482.
[49] Source: documents 1948, pages 530 à 533.
[50] Source: Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin au 14 juillet 1967 (ci-après dénommés "Actes de 1967"), document S/1, pages 71, 90, 92 et 151.
[51] Source: Actes de 1967, document S/17, pages 675 et 677.
[52] Source: Actes de 1967, document S/18, page 678.
[53] Source: Actes de 1967, document S/44, page 701.

e) proposition du gouvernement suisse, au sujet de l'article 4, alinéas 1 et 5[54],

f) proposition du Secrétariat transmise au Comité de rédaction[55],

g) proposition du gouvernement brésilien au sujet de l'article 4(1)[56],

h) proposition du Secrétariat, après discussion avec le Comité de rédaction, au sujet de l'article 5, alinéas 1 et 2[57],

i) projet de rapport de la Commission principale n° I[58],

j) extrait du texte final du Rapport de la Commission principale n° I (Rapporteur: M. Svante Bergström)[59],

k) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I[60];

l) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne en ce qui concerne l'article 5[61],

m) texte de l'Acte de Stockholm, en ce qui concerne l'article 5, alinéas 1 et 2.[62]

Article 17 *(Possibilité de surveiller la circulation, la représentation et l'exposition d'œuvres)*

17. Cette disposition figure dans la Convention de Berne depuis le début et est restée inchangée depuis l'Acte de Berne, à l'exception de modifications mineures apportées au libellé et de la renumérotation (désormais articles 10, 13 ou 14).

18. L'annexe IX de la présente note contient les extraits ci-après de la Conférence internationale de 1884, en ce qui concerne l'article 14:

a) extraits du procès-verbal de la cinquième séance (Président: M. Numa Droz)[63],

b) extraits du projet de convention concernant la création d'une Union générale pour la protection des droits d'auteurs.[64]

19. L'annexe X de la présente note contient les extraits ci-après de la deuxième Conférence internationale de 1885:

a) extraits du procès-verbal de la quatrième séance, en ce qui concerne l'article 14 (Président: M. Numa Droz)[65],

---

[54] Source: Actes de 1967, document S/63 page 703.
[55] Source: Actes de 1967, document S/187, pages 723 et 724.
[56] Source: Actes de 1967, document S/210, page 730.
[57] Source: Actes de 1967, document S/241-Annexe, pages 737 et 739.
[58] Source: Actes de 1967, document S/271, page 757.
[59] Source: Actes de 1967, page 1137; paragraphes 11, 18 à 31, pages 1139 et suivantes.
[60] Source: Actes de 1967, paragraphes 468.2 à 464 (sur l'organisation des travaux de la Commission principale n° I) pages 853 et suivantes; paragraphes 485 à 489 (sur le critère de la nationalité), page 855; paragraphes 594 à 606.1, 630.1 à 641, 698 à 707 (sur les points de rattachement), pages 863 et suivantes.
[61] Source: Actes de 1967, paragraphe 93, page 820.
[62] Source: Actes de 1967, pages 1295 et 1298.
[63] Source: Actes de 1884, pages 39 et 58.
[64] Source: Actes de 1884, pages 77, 80 et 81.
[65] Source: Actes de 1885, pages 33 et 35.

b) extraits du Rapport de la Commission, en ce qui concerne l'article 13 (article 14 du projet) (Président: M. Numa Droz)[66],

c) extraits du texte adopté par la Conférence, en ce qui concerne l'article 13.[67]

20. L'annexe XI de la présente note contient les extraits ci-après de la troisième Conférence internationale de 1886, en ce qui concerne l'article 13:

a) texte de l'article 13 de la Convention.[68]

21. L'annexe XII de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Paris (1896) de la Convention, en ce qui concerne l'article 13:

a) extraits du procès-verbal de la deuxième séance (Président: M. C. de Freycinet)[69];

b) extraits des propositions adoptées par la Commission et présentées à la Conférence dans sa séance.[70]

22. L'annexe XIII de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Berlin (1908) de la Convention:

a) extraits des propositions de modifications concernant l'article 13[71],

b) extraits du texte provisoire de la Convention, en ce qui concerne l'article 10[72],

c) extraits du procès-verbal de la troisième séance, en ce qui concerne les articles 14 à 24 (Président: M. Von Studt)[73],

d) extraits des annexes au procès-verbal de la troisième séance. Rapport présenté à la Conférence au nom de sa Commission, en ce qui concerne l'article 17 (M. Louis Renault)[74],

e) extraits de l'Acte adopté, en ce qui concerne l'article 17.[75]

23. L'annexe XIV de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Rome (1928) de la Convention:

a) extraits des propositions, contre-propositions et observations de l'Administration britannique, en ce qui concerne l'article 17[76];

[66] Source: Actes de 1885, pages 39, 40, 51.
[67] Source: Actes de 1885, pages 73 et 77.
[68] Source: Actes de 1886, pages 27 et 33.
[69] Source: Actes de 1896, pages 91 et 117.
[70] Source: Actes de 1896, pages 153 et 155.
[71] Source: Actes de 1908, pages 55, 62 et 63.
[72] Source: Actes de 1908, pages 71 et 74.
[73] Source: Actes de 1908, pages 209 et 217.
[74] Source: Actes de 1908, pages 225 et 267.
[75] Source: Actes de 1908, pages 311 et 319.
[76] Source: Actes de 1928, pages 91 et 94.

b) extraits du résumé des propositions et de la discussion au sujet des articles II, 11*bis* et 17[77],

c) extraits de l'Acte adopté, en ce qui concerne l'article 17.[78]

24. L'annexe XV de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Bruxelles (1948) de la Convention, en ce qui concerne l'article 17:

a) extrait du texte portant adoption du texte de l'Acte[79],

b) extraits du Rapport général (présenté par M. Marcel Plaisant, Rapporteur général)[80],

c) extraits des travaux préparatoires et débats[81],

d) extraits de l'Acte adopté.[82]

25. L'annexe XVI de la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence de l'Acte de Stockholm (1967) de la Convention, en ce qui concerne l'article 17:

a) proposition de base (Suède et BIRPI), document S/1[83],

b) observations du gouvernement du Royaume-Uni sur les propositions de base[84],

c) proposition du gouvernement du Royaume-Uni au sujet de l'article 17[85],

d) proposition du gouvernement australien au sujet de l'article 17[86],

e) proposition du gouvernement israélien au sujet de l'article 17[87],

f) proposition du gouvernement italien au sujet de l'article 17[88],

g) proposition du Secrétariat adressée au Comité de rédaction au sujet de l'article 17[89],

h) rapport du Comité de rédaction adressé à la Commission principale n° I[90],

i) projet de rapport de la Commission principale n° I[91],

---

[77] Source: Actes de 1928, pages 221, 254 à 261, et 270.
[78] Source: Actes de 1928, pages 329 et 342.
[79] Source: documents 1948, pages 81 et 82.
[80] Source: documents 1948, pages 93 et 105.
[81] Source: documents 1948, pages 133 et 376.
[82] Source: documents 1948, pages 530 et 531, 544 et 545.
[83] Source: Actes de 1967, document S/1, pages 148 et 149, 160 et 161.
[84] Source: Actes de 1967, document S/13, page 641; document S/18, page 686.
[85] Source: Actes de 1967, document S/171, page 718.
[86] Source: Actes de 1967, document S/215, page 731.
[87] Source: Actes de 1967, document S/223, page 732.
[88] Source: Actes de 1967, document S/226, page 732.
[89] Source: Actes de 1967, document S/241, pages 737 et 739.
[90] Source: Actes de 1967, document S/269, pages 752 et 753.
[91] Source: Actes de 1967, document S/271, pages 757 à 763.

j) texte approuvé des Commissions principales n° I, II et IV[92],

k) extrait du texte final du Rapport de la Commission principale n° I (Rapporteur: M. Svante Bergström) en ce qui concerne l'article 17[93],

l) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I[94],

m) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne[95],

n) texte de l'article 17 de l'Acte de Stockholm.[96]

[Fin de la note. Les annexes suivent.]

---

[92] Source: Actes de 1967, document S/278, page 765.
[93] Source: Actes de 1967, page 1137; paragraphes 257 à 263, pages 1181 et 1182.
[94] Source: Actes de 1967, paragraphes 1385.1 à 1388.2, 1428.1 à 1439 (sur les limitations relatives à l'exposition des œuvres) pages 921 et suivantes; paragraphes 1389.1 à 1395, 1407 à 1427 (abus éventuels des monopoles) pages 923 et suivantes; paragraphes 1722 à 1727 (examen des textes proposés par le Comité de rédaction) page 942; et paragraphes 1878 à 1896 (examen du rapport de la Commission principale n° I) pages 950 et 951.
[95] Source: Actes de 1967, paragraphes 125.1 à 132, page 822.
[96] Source: Actes de 1967, pages 1295 et 1306.