

Comité consultatif sur l'application des droits

Sixième session

Genève, 1^{er} et 2 décembre 2010

ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET APPLICATION DES
DROITS – LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES VARIABLES SOCIOÉCONOMIQUES,
TECHNIQUES ET EN RAPPORT AVEC LE DÉVELOPPEMENT

*Document établi par M. Sisule F. Musungu, président d'IQsensato, Genève**

* Les opinions exprimées dans la présente étude sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Secrétariat ou des États membres de l'OMPI

TABLE DES MATIERES

- I. INTRODUCTION**
- II. ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE – DEFINITIONS ET TERMES UTILISES**
- III. TENIR COMPTE DES NIVEAUX DE DEVELOPPEMENT : SI L'ON PENSAIT CE QUE L'ON DIT**
- IV. ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET VARIABLES SOCIOECONOMIQUES ET TECHNOLOGIQUES : PAUVRETE, IMITATION ET DROITS ETRANGERS**
 - **PAUVRETE ET INEGALITES**
 - **IMITATION ET STRATEGIES DEPLOYEES EN VUE DE RATTRAPER LE RETARD**
 - **DROITS ETRANGERS PAR OPPOSITION AUX DROITS LOCAUX**
- V. CONCLUSION**

I. INTRODUCTION

1. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et la nécessité de prendre des mesures efficaces visant à faire respecter ces droits figurent probablement parmi les questions de politique publique les plus décisives dans le discours actuel sur l'administration du système de la propriété intellectuelle. Le principal enjeu consiste à élaborer des politiques et des lois appropriées en vue d'assurer une protection efficace et adéquate des droits de propriété intellectuelle, tout en veillant à ce que les mesures et procédures d'application des droits ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légal et que ces mesures n'aient pas d'incidence négative sur les actions menées afin de promouvoir le développement humain.
2. Dans le débat actuel, les passions se sont déchaînées, les discussions sur les chiffres et les statistiques se sont intensifiées et les motifs suscitent des interrogations. Le caractère émotionnel du débat sur les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les mesures appropriées d'application de ces droits était prévisible s'agissant de questions non seulement complexes, mais ayant aussi des incidences socioéconomiques significatives pour les pays, les entreprises, les communautés et les individus dans tous les pays. Dans ces circonstances, la question qu'il importe de poser est celle de savoir de quelle manière il est possible d'aller de l'avant en matière d'élaboration des politiques et de mesures concrètes lorsque cela est nécessaire, d'économiser des ressources et d'éviter des effets néfastes lorsque ces mesures sont intempestives ou susceptibles d'être préjudiciables.
3. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), a déployé des efforts en vue de distinguer les beaux discours des vrais problèmes, d'encourager la coopération fondée sur une vision commune et de jeter les bases d'une élaboration des politiques en connaissance de cause. Un élément essentiel de ce processus concerne le travail réalisé par le Comité consultatif sur l'application des droits (ACE) en vue d'analyser et d'examiner les atteintes aux droits de propriété intellectuelle dans toute leur complexité et, en particulier, de déterminer les différents types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les motivations de ces atteintes, en tenant notamment compte des variables sociales, économiques et technologiques, ainsi que des différents niveaux de développement des États membres de l'OMPI¹.
4. L'idée qu'il est essentiel de prendre en considération les variables socioéconomiques, technologiques, ainsi que celles en rapport avec le développement (niveaux de développement) afin de mieux appréhender les différents types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les motivations de ces atteintes, est considérée comme revêtant une importance particulière pour les pays en développement. En effet, il a notamment été avancé que :

“[L]es intérêts des pays en développement sont mieux servis si leurs régimes de propriété intellectuelle sont adaptés à leurs circonstances économiques et sociales particulières... [C]'est peut-être plus important pour les pays en développement parce que les erreurs coûteuses qu'ils pourraient commettre dans leur choix de mesures leur seront plus difficiles à supporter”².

¹ Voir le paragraphe 12 des Conclusions du président à la cinquième session de l'ACE (document WIPO/ACE/5/11) à l'adresse http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=17445

² Commission des droits de propriété intellectuelle (2002), *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement*, Commission des droits de propriété intellectuelle (Londres), p. 172

5. Le présent document vise à amorcer quelques pistes de réflexion sur les questions qu'il convient d'étudier afin de donner corps à l'idée selon laquelle il est nécessaire de prendre en considération les variables sociales, économiques et technologiques, ainsi que les niveaux de développement des pays, afin de déterminer la nature des atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les motivations de ces atteintes, et d'élaborer des lois et politiques appropriées en vue de l'application de ces droits. Trois arguments fondamentaux sont exposés dans le document.
6. Premièrement, il est estimé que le choix des termes utilisés dans le discours sur les mesures visant à l'application des droits de propriété intellectuelle est plus important qu'il n'avait jusqu'ici été admis. Plus particulièrement, le document aborde les problèmes que l'utilisation croissante du terme "contrefaçon" pour se référer à toutes les questions relatives aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle soulève au regard de la manière dont les pays en développement traitent des questions relatives aux mesures visant à faire respecter ces droits. Le problème se pose non pas uniquement en ce qui concerne l'élaboration de lois appropriées, mais aussi eu égard à l'évaluation des atteintes aux droits.
7. Deuxièmement, si l'idée de tenir compte des niveaux de développement dans les politiques, les traités et les lois en matière de propriété intellectuelle est menée jusqu'à sa conclusion logique, il est nécessaire de dépasser le stade de l'utilisation des "pays en développement" comme unité d'analyse. En effet, afin de mieux comprendre les différents types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les motivations de ces atteintes, il est essentiel de passer des discours aux actes en prenant en considération les niveaux de développement. Passer des discours aux actes suppose d'étudier sérieusement la question de savoir si et comment les particularités d'un pays peuvent être prises en considération dans l'élaboration des politiques et l'établissement de règles au niveau international de manière objective pour tous les pays et les différentes parties prenantes.
8. Enfin, il est préconisé d'aller au-delà des préjugés et stéréotypes concernant le rapport entre, d'une part, des conditions socioéconomiques peu satisfaisantes et un faible niveau de technologie et, d'autre part, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, ainsi que la nécessité de mesures d'application de ces droits dans les pays en développement. L'accent a été mis en particulier sur l'articulation entre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et la pauvreté, la nécessité de recourir à l'imitation dans le cadre du processus d'apprentissage et la question des droits étrangers, ainsi que sur d'autres aspects dont il convient de tenir compte dans le débat, mais qui sont actuellement escamotés ou complètement ignorés.

II. ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE –DEFINITIONS ET TERMES UTILISES

9. Trouver une solution efficace aux problèmes soulevés par les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les mesures visant à l'application de ces droits nécessitera un dialogue effectif et la coopération d'un large éventail de parties prenantes et d'acteurs du système. La terminologie, les définitions et les termes utilisés ont une incidence fondamentale eu égard à l'analyse et à la compréhension de la complexité des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, y compris en ce qui concerne les différents types d'atteintes et leurs motivations. Un aspect particulièrement préoccupant qui a été évoqué ou est apparu dans le contexte des pays en développement concerne l'utilisation du terme "contrefaçon".

10. De plus en plus, le terme “contrefaçon” est utilisé non pas seulement par les profanes, mais aussi par les spécialistes de la propriété intellectuelle et les responsables de l’élaboration des politiques pour désigner tous les types d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle ou les initiatives de large portée visant à l’application des droits de propriété intellectuelle³. À l’heure actuelle, un certain nombre d’initiatives ont été lancées, notamment le projet d’Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)⁴, le Congrès mondial sur la lutte contre la contrefaçon et le piratage⁵, l’Équipe d’experts internationale de lutte contre la contrefaçon des produits médicaux (IMPACT)⁶, la Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP)⁷, le projet de loi anti-contrefaçon de la Communauté de l’Afrique de l’Est, le Global Anti-Counterfeiting Network (GACG)⁸, l’International Anticounterfeiting Coalition (IACC)⁹, etc.
11. Les raisons de l’utilisation des termes “contrefaçon” et “piratage”, en particulier dans les débats politiques sur les mesures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, dans les campagnes de sensibilisation du public et dans le cadre de l’application de la loi, sont évidentes. Les deux termes, dans l’usage ordinaire, évoquent la fraude intentionnelle et les activités criminelles. C’est aussi pourquoi le terme “vol” est constamment utilisé pour se référer aux allégations d’atteintes à la propriété intellectuelle.
12. Il est généralement admis, et, de fait, il s’agit d’une obligation pour tous les membres de l’OMC, que des procédures et des sanctions pénales doivent être prévus à l’égard de certains actes de contrefaçon et de piratage. Plus particulièrement, l’article 61 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.” Toutefois, l’usage croissant du terme “contrefaçon” pour désigner un éventail plus large

³ Le terme “atteinte”, dans le contexte des droits de propriété intellectuelle, désigne en substance le fait de porter atteinte de manière illicite à un ou des droits octroyés au titre d’un brevet, d’un dessin ou modèle industriel, d’une marque, du droit d’auteur ou d’un autre titre de propriété intellectuelle dans un pays où ces droits sont valables. Le terme “atteinte” est, par conséquent, un terme général qui peut être utilisé à propos de tout acte constituant une violation d’un droit de propriété intellectuelle. La contrefaçon et le piratage, selon la terminologie propre à ce domaine, ont un sens plus restrictif. En vertu de l’Accord sur les ADPIC (note de bas de page n° 14), la contrefaçon s’entend de – l’utilisation, sans autorisation, dans le commerce de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services qui sont identiques ou similaires à ceux pour lesquels une marque est valablement enregistrée, sous réserve de toute exception limitant les droits du propriétaire de la marque. En d’autres termes, il s’agit d’un terme se rapportant essentiellement aux atteintes à une marque. Quant au terme “piratage”, il s’entend de – toutes les copies faites directement ou indirectement, sans le consentement du titulaire du droit ou d’une personne dûment autorisée par lui, d’un article protégé par le droit d’auteur lorsque la réalisation de ces copies constitue une atteinte. Ainsi, le terme se rapporte au domaine des atteintes au droit d’auteur.

⁴ De plus amples informations sur l’ACTA peuvent être obtenues sur le site Web des différentes parties à la négociation, telles que le représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à l’adresse <http://www.ustr.gov/acta>

⁵ Le dernier congrès, le cinquième, s’est tenu au Mexique en décembre 2009. Pour de plus amples renseignements, voir à l’adresse <http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/IntellectualProperty/Congress/Default.asp>

⁶ De plus amples informations sur IMPACT peuvent être obtenues à l’adresse <http://www.who.int/impact/en/>

⁷ Le site Web du BASCAP peut être consulté à l’adresse <http://www.iccwbo.org/bascap/id883/index.html>

⁸ Voir le site Web à l’adresse <http://www.gacg.org/>

⁹ Voir le site Web de la coalition à l’adresse <http://www.iacc.org/>

d'actes constitutifs d'atteinte semble viser à considérer tout acte présumé constituer une atteinte comme une activité criminelle. Prenons le passage ci-après, extrait de *l'Observateur de l'OCDE* (Organisation de développement et de coopération économiques) :

“La criminalité est une bonne raison de prendre le problème de la contrefaçon au sérieux, mais il en existe d'autres. La contrefaçon représente une menace pour la sécurité et la santé publiques. Elle détruit des entreprises en réduisant les profits, la confiance des consommateurs et la valeur des marques. Elle influe sur le marché du travail lorsque les emplois se déplacent des détenteurs de droits vers les contrefacteurs”¹⁰.

13. En quelques phrases, un amalgame est fait entre plusieurs notions. Un lien direct est établi entre la contrefaçon et les activités criminelles, la santé publique et la valeur des marques, les titulaires de droits étant considérés comme exerçant des activités licites et les contrefacteurs comme exerçant des activités illicites ou illégales! Il est évident que l'usage généralisé du terme “contrefaçon permet de justifier les lois et traités proposés, les campagnes de sensibilisation, la criminalisation d'un large éventail d'actes constitutifs d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et l'affectation par les gouvernements de ressources accrues aux activités visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, ce qui est en fait préconisé dans l'extrait précité.
14. Si cela peut être considéré par certains comme un résultat souhaitable, l'utilisation excessive de ces termes, en particulier “contrefaçon” et “lutte contre la contrefaçon” rend plus difficile l'analyse des différents types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et leurs motivations. Elle explique aussi les résistances de certains pays en développement devant les initiatives lancées en vue de faire respecter les droits. Il y a au moins trois raisons fondamentales à cela.
15. Tout d'abord, l'utilisation du terme “contrefaçon”, qui a une signification technique particulière dans le domaine des marques et dont l'usage en langage courant évoque un comportement intentionnellement frauduleux ou une activité criminelle rend difficile toute distinction entre :
 - l'utilisation acceptable des droits de propriété intellectuelle et les atteintes illicites à ces droits;
 - les infractions civiles et les infractions pénales;
 - les actes intentionnels et les actes involontaires; et les activités commerciales et les activités non commerciales.

Si une distinction n'est pas établie entre ces différents éléments, il est difficile d'imaginer que l'on puisse procéder à une analyse des différents types d'atteintes et des motivations sous-jacentes.
16. Le discours actuel sur la contrefaçon semble indiquer a priori qu'il s'agit d'une activité criminelle avec des motifs criminels. De fait, l'une des raisons avancées pour expliquer les difficultés rencontrées pour dresser un tableau statistique clair des atteintes aux droits de propriété intellectuelle est que “compte tenu de leur nature illégale, il n'existe pas de

¹⁰ Voir OCDE “Contrefaçon et piratage – Impostures, faits et chiffres”, *l'Observateur de l'OCDE*, à l'adresse http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/1899/Contrefa_E7on_et_piratage_.html

chiffres fiables sur les ventes de produits portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle”¹¹. Mais si cette affirmation est vraie, elle appelle une question plus large, à savoir dans quelle mesure peut-on déclarer qu’une activité est illégale?

17. Déterminer qu’une atteinte à un droit de propriété intellectuelle a été commise nécessite un examen juridique. Il convient tout d’abord de déterminer l’existence et la validité du droit. Ensuite, il est nécessaire d’établir si l’acte faisant l’objet de la plainte est constitutif d’une atteinte proscrite au droit. Cette opération requiert non pas seulement une analyse de prime abord, mais aussi une évaluation des exceptions et limitations relatives à ce droit particulier et, dans certains cas, la prise en considération d’autres lois. Comme l’a souligné Loughlan :

“L’utilisation de termes tels que “vol” dans le discours contemporain sur la propriété intellectuelle ne vise pas à désigner un acte juridique. Lorsque dans le film de la MPAA cité, une voix à l’arrière-plan déclare que “télécharger un film piraté c’est le voler”, il ne s’agit pas d’un exposé de droit. L’objectif est plutôt de faire appel chez les gens ordinaires au sentiment presque instinctif de rejet, réprobation et mépris à l’égard de l’utilisateur non autorisé d’une œuvre protégée par le droit d’auteur, de la même manière qu’ils auraient rejeté, réprouvé et méprisé un voleur ordinaire qui prend ce qui appartient à autrui “dans l’intention de l’en priver pour toujours”¹².

L’utilisation de termes visant à exagérer ou à déformer délibérément la réalité juridique donne lieu à juste titre à des résistances et des interrogations sur les motivations.

18. La deuxième raison pour laquelle l’utilisation généralisée du terme “contrefaçon” rend difficile toute analyse réaliste concerne son utilisation en rapport avec les atteintes aux brevets. Dans ce cas particulier, l’usage du terme a suscité de sérieux doutes quant aux véritables motifs et intentions de ceux qui prônent l’adoption de mesures visant à faire respecter la propriété intellectuelle dans les pays en développement. À cet égard, Correa a observé que le débat sur la contrefaçon, en particulier dans le domaine des médicaments, “est souvent obscurci par l’utilisation inappropriée de la notion de ‘contrefaçon’ ou piratage pour décrire des situations dans lesquelles des médicaments génériques autorisés par la loi sont importés sans le consentement du fabricant du médicament”¹³.
19. Mara, dans un article traitant de la couverture par les médias au niveau mondial du débat sur la politique à mener au sujet de la lutte contre la contrefaçon publié dans *Intellectual Property Watch* au début du mois d’août 2010 commence par demander :

“Les produits contrefaisants sont-ils avant tout une menace pour la santé et la sécurité ou le fait d’en faire une source d’angoisse constitue-t-il pour les nations riches un moyen astucieux de mieux faire accepter la protection accrue de leurs droits de propriété intellectuelle?”

¹¹ Fink, Carsten (2009) “L’application des droits de propriété intellectuelle : une perspective économique”, document présenté à la cinquième session de l’ACE, à l’adresse http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/fr/wipo_ace_5/wipo_ace_5_6.pdf.

¹² Loughlan, Patricia (2007) ““You wouldn’t steal a car...”: Intellectual Property and the Language of Theft”, *European Intellectual Property Review*, 29(10), 401-405, at 403.

¹³ Correa dans “Fink, Carsten et Carlos Correa (2008) “The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries”, étude analytique n° 22, ICTSD (Genève)

Haman a également fait remarquer, dans le cas particulier de l'Afrique, que :

“Diverses parties prenantes, y compris les gouvernements africains, suspectent souvent les grandes entreprises pharmaceutiques d'utiliser à leur convenance la législation relative à la lutte contre la contrefaçon afin de faire obstacle aux médicaments génériques, plutôt que de garantir la sécurité publique”¹⁴.

D'autres, tels que Consumers International se sont plaints des “campagnes menées par les entreprises qui traitent les consommateurs comme des criminels”¹⁵ même lorsque en réalité, sur le plan juridique, aucune preuve d'une quelconque activité illicite n'a été apportée.

20. La troisième raison pour laquelle toute tentative d'altérer la signification du terme “contrefaçon” peut se révéler problématique est qu'elle peut finir par délégitimer les lois et politiques en la matière. Par exemple, en avril 2010, la Cour constitutionnelle du Kenya a rendu une ordonnance de référé visant à faire cesser l'application aux médicaments de la loi kényane de 2008 relative à la lutte contre la contrefaçon au motif que les demandeurs avaient établi *prima facie* que la définition de la contrefaçon dans la loi pouvait amener à considérer les médicaments génériques comme des produits contrefaisants¹⁶. Le juge a acquis la conviction que les demandeurs avaient pu démontrer que l'application de la loi avec une définition large de la contrefaçon pourrait avoir une incidence négative sur leurs droits humains, y compris le droit à la vie.
21. Généralement donc, afin de mieux appréhender les différents types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement et leurs motivations, il est nécessaire d'adopter des définitions plus claires. Le choix des termes sera essentiel aux fins de l'élaboration d'une vision commune des questions et de la prise en considération de la situation particulière de chaque pays.

III. TENIR COMPTE DES NIVEAUX DE DEVELOPPEMENT : SI L'ON PENSAIT CE QUE L'ON DIT

22. Les pays en développement ont, du moins officiellement, été largement intégrés au système international de la propriété intellectuelle. Leur large adhésion à l'OMPI et leur participation aux traités administrés par l'Organisation¹⁷, ainsi que leur adhésion à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et à son Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) en témoignent¹⁸. Au-delà de l'intégration officielle dans le système international de la propriété intellectuelle,

¹⁴ Haman, Marius (2010) “Africa Rising to the Anti-Counterfeiting Challenge”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 5, n° 5, 344-349 at 347

¹⁵ Voir Malcom, Jeremy, coordonnateur du projet de Consumers International dans le domaine de la propriété intellectuelle, cité dans Saez, Catherine (2010), “Global IP Enforcement Push Impacting Consumer Access, 2010 IP Watchlist Finds”, *Intellectual Property Watch*, 29 avril (Genève), à l'adresse <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/04/29/global-ip-enforcement-push-impacting-consumer-access-2010-ip-watchlist-finds/>

¹⁶ Voir Mbatiah, Suleiman (2010) “Court Victory against ‘Anti-Counterfeit’ Agenda”, *The Story Underneath, IPS*, avril à l'adresse <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=51168>

¹⁷ De plus amples informations sur les États membres de l'OMPI et les ratifications des traités de l'OMPI ou l'adhésion à ces traités peuvent être obtenues sur le site Web de l'OMPI à l'adresse <http://www.wipo.int/members/fr/> et <http://www.wipo.int/treaties/fr/> respectivement

¹⁸ Une liste des membres de l'OMC peut être consultée sur le site Web de l'Organisation à l'adresse http://www.wto.org/french/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

l'importance que revêtent les droits de propriété intellectuelle dans ces pays a aussi sensiblement augmenté, à mesure que leur économie s'est développée et diversifiée. De même, la prise de conscience des enjeux économiques, sociaux et culturels des droits de propriété intellectuelle s'est accentuée parmi les différents acteurs dans les domaines économique, social et politique.

23. L'intégration rapide des pays en développement dans le système international de la propriété intellectuelle, ainsi que les efforts déployés aux niveaux national et international en vue de tirer parti des droits de propriété intellectuelle dans ces pays ont intensifié le rythme déjà parfois étourdissant des activités menées sur les plans législatif, judiciaire et administratif. Que ce soit en vue de remplir leurs obligations juridiques au niveau international ou de répondre à la demande intérieure et de satisfaire les intérêts de leurs partenaires commerciaux, un grand nombre de ces pays ont enregistré un flux continu d'initiatives dans les domaines législatif, judiciaire et administratif depuis le milieu des années 1990. Davantage de lois ayant été mises en place et la demande en faveur de l'application de ces lois ayant augmenté, la priorité en matière d'élaboration des politiques et d'administration de la propriété intellectuelle s'est inévitablement déplacée sur la question de l'application efficace des droits.
24. Dans le débat international qui a suivi, les gouvernements des pays en développement et un large éventail d'autres acteurs, y compris des universitaires, ont fait valoir que les règles adoptées en vue de faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent être élaborées et appliquées de manière à tenir compte de la situation particulière et du contexte de chaque pays. Le Plan d'action de l'OMPI pour le développement préconise donc de replacer l'application des droits de propriété intellectuelle "dans le contexte plus large de l'intérêt général et en particulier des préoccupations relatives au développement"¹⁹. De son côté, la Commission des droits de propriété intellectuelle mise en place par le Royaume-Uni déclarait en 2002 :

"L'OMPI devrait reconnaître de manière plus explicite le fait que la protection de la PI comporte à la fois des avantages et des coûts, et insister davantage sur la nécessité pour les régimes de PI d'être adaptés aux conditions particulières existant dans les pays en développement."

25. Mais même avant que la commission mise en place par le Royaume-Uni le souligne, il était généralement admis, certes implicitement, que des différences existent quant à l'exercice des droits de propriété intellectuelle dans les pays avancés et dans les pays en développement. L'Accord sur les ADPIC a traité de cette question en soumettant l'application de ses règles obligatoires minimales à des périodes transitoires (traitement spécial et traitement différencié). Cette structure prévoyant un traitement spécial et un traitement différencié et s'appuyant sur des accords provisoires a été justifiée par l'objectif final qui était d'assurer que "la participation [de tous les membres de l'OMC] aux résultats des négociations soit la plus complète"²⁰. En d'autres termes, l'Accord sur les ADPIC prévoit un traitement spécial et un traitement différencié dans le cadre d'un système universel.

¹⁹ Voir la recommandation n° 45 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement. Figure sur le site Web de l'OMPI à l'adresse <http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/recommendations.html#f>

²⁰ Voir le préambule de l'Accord sur les ADPIC

26. Ces dix dernières années, le modèle universel (participation de tous) d'administration de la propriété intellectuelle a été remis en question. Il en a résulté l'acceptation de l'idée que les normes et règles de propriété intellectuelle doivent être structurées de manière à "prendre en considération les niveaux de développement" des différents pays. Mais si la structure prévoyant un traitement spécial et un traitement différencié figurant dans l'Accord sur les ADPIC n'est pas le modèle d'administration de la propriété intellectuelle approprié pour les "pays en développement", il est nécessaire de définir ce que l'on entend par "prendre en considération les niveaux de développement" afin d'établir une distinction.
27. L'idée selon laquelle toute analyse de questions telles que les types d'atteintes et leurs motivations doit prendre en considération les niveaux de développement est fondée sur les arguments suivants : a) certaines obligations ou modalités relatives à l'application des droits peuvent être trop onéreuses pour les pays en développement; b) les intérêts des pays se trouvant à différents niveaux de développement en ce qui concerne les politiques et lois en matière de propriété intellectuelle diffèrent; et c) les pays en développement ont besoin de disposer d'une certaine autonomie dans la mise en œuvre des politiques et lois en matière de propriété intellectuelle.
28. Il s'ensuit que la prise en considération des niveaux de développement dans les politiques et normes internationales en matière de propriété intellectuelle signifie au moins trois choses, à savoir :
- les obligations juridiques internationales et la charge de l'application des droits dépendent de la situation objective d'un pays sur les plans économique, technologique et social (méthode factuelle ou concrète);
 - les différences sectorielles, ainsi que les différences dans le domaine technologique doivent être prises en considération lors de l'élaboration des normes et règles;
 - deux pays ne peuvent faire l'objet d'un traitement identique sauf si leurs situations objectives sont identiques.

Concrètement, cela signifie que, dans notre analyse des différents types d'atteintes et de leurs motivations, les "pays en développement" ne peuvent plus être retenus comme base de l'analyse.

29. C'est seulement en allant au-delà de la catégorie générale "pays en développement" que nous aurons véritablement la possibilité de nous pencher sur la question de la "charge disproportionnée" pour les pays. Comme l'ont observé Basheer et Primi :

"Afin de gagner en efficacité dans la mise en œuvre du Plan d'action pour le développement, il est nécessaire de prendre conscience du fait que les pays en développement présentent une grande hétérogénéité quant à leurs capacités technologiques. Certains sont plus rompus que d'autres à l'outil technologique et cette différence peut justifier l'élaboration de normes distinctes dans les domaines technologiques qu'ils maîtrisent. Autrement, le Plan d'action pour le développement risque de tomber dans le piège de la mise en place d'un système unique standard – un piège qui, durant de nombreuses années, a caractérisé l'harmonisation en hausse des normes de propriété intellectuelle, ce que le Plan d'action pour le développement vise à remettre en cause et à changer"²¹.

²¹ Basheer, Shamnad et Annalisa Primi (2009) "The WIPO Development Agenda: Factoring in the "Technologically Proficient" Developing Countries" dans De Beer, Jeremy (ed.) *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*, Centre for International Governance Innovation (CIGI) et Wilfrid Laurier University Press (Ottawa), p. 110

Tant que le débat sera axé sur les pays développés et les pays en développement comme objets de l'analyse, le modèle et les règles d'administration de la propriété intellectuelle seront fondés sur le plus petit dénominateur commun entre pays avancés et pays émergents. Ce sont ces pays qui, généralement, ont un intérêt économique à façonner les règles internationales et disposent du pouvoir politique et économique pour le faire.

30. Il convient également d'admettre qu'un grand nombre de pays en développement aspirent à intégrer plus pleinement le système commercial international. Cela signifie qu'au niveau national, il est indispensable de trouver un juste équilibre entre l'idée d'une certaine autonomie et la nécessité d'intégrer le système commercial international, y compris le système international de la propriété intellectuelle. Cet équilibre sera inévitablement différent pour différents pays en développement et pour différents secteurs de leur économie.

IV. ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET VARIABLES SOCIOECONOMIQUES ET TECHNOLOGIQUES : PAUVRETE, IMITATION ET DROITS ETRANGERS

31. Le modèle d'administration de la propriété intellectuelle qui préconise que les politiques et lois en matière d'établissement de normes et de propriété intellectuelle doivent tenir compte du niveau de développement d'un pays nécessite que la situation socioéconomique et technologique d'un pays ou d'une région soit prise en considération dans l'analyse coût-avantage des différentes mesures. Dans le contexte de la présente étude, les variables socioéconomiques et technologiques des différents pays doivent jouer un rôle essentiel dans la détermination de la manière dont sont considérés les différents types d'atteintes et leurs motivations.
32. Les variables socioéconomiques et technologiques ont des incidences sur les consommateurs, ainsi que sur la capacité des pays à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Toutefois, notre analyse des implications au regard des atteintes aux droits de propriété intellectuelle et des mesures d'application des droits, reste superficielle. Si certaines hypothèses sont plausibles, d'autres peuvent se révéler fausses lorsqu'elles sont examinées plus attentivement. À titre d'exemple, le présent chapitre traite de certains aspects dont il convient de tenir compte lorsque les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont étudiées à la lumière des éléments suivants : pauvreté et inégalités; rôle de l'imitation dans l'apprentissage et la diffusion du savoir; et droits étrangers et droits locaux. Ces trois domaines ont été sélectionnés parce qu'ils sous-tendent les principaux arguments fréquemment utilisés pour justifier une conception différente de l'application des droits dans les pays en développement.

4.1. Pauvreté et inégalités

33. La pauvreté et les inégalités sont deux facteurs socioéconomiques essentiels, généralement associés aux pays en développement. Ils ont tous deux des incidences sur les types d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle et leurs motivations. De fait,

le rapport entre la pauvreté et les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et les mesures visant à faire respecter ces droits comporte plusieurs aspects qu'il convient d'examiner pleinement dans les publications spécialisées.

34. La Banque mondiale, qui joue un rôle de premier plan à l'échelle mondiale dans les efforts déployés pour réduire la pauvreté, définit notamment la pauvreté comme une

“[P]rivation inacceptable du bien-être, qui comporte plusieurs aspects. Elle consiste en des bas revenus et l'incapacité d'acquérir les biens et services de base nécessaires pour survivre dans la dignité”²².

Un autre élément important qui peut être attribué à la pauvreté est l'impossibilité de faire entendre sa voix dans les affaires publiques. Quant au terme “inégalités”, il désigne les disparités dans la répartition des ressources économiques et l'accès aux services sociaux au sein d'une société.

35. En se fondant sur ces définitions, il est possible de tirer un certain nombre d'enseignements essentiels. Tout d'abord, dans la mesure où des droits exclusifs confèrent à leurs titulaires un pouvoir économique qui leur permet d'exiger un prix plus élevé que ce qu'ils auraient réclamé dans un marché concurrentiel idéal, les droits de propriété intellectuelle peuvent avoir pour effet d'exclure les consommateurs pauvres du marché en raison de prix trop élevés. Étant donné que ces consommateurs ne peuvent pas non plus se faire entendre, ils ont aussi une incidence moindre sur les politiques et lois en matière de propriété intellectuelle. Dans ces circonstances, on peut supposer que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont largement motivées par la nécessité d'accéder aux biens et services de base²³. On peut aussi supposer que la majeure partie des atteintes commises par des individus ou des ménages n'ont pas de motivations commerciales ou criminelles.
36. Selon le niveau d'inégalités, on peut aussi supposer que deux pays disposant approximativement du même produit intérieur brut (PIB) peuvent avoir un nombre très différent de consommateurs exclus du marché en raison de prix trop élevés. Les pays dans lesquels les inégalités sont le plus accentuées risquent de compter un nombre relativement plus élevé de personnes exclues du marché des biens et services protégés par la propriété intellectuelle.
37. Toutefois, une réflexion plus approfondie donne à penser que la question de la pauvreté, des inégalités et des atteintes aux droits de propriété intellectuelle est plus complexe. Tel est notamment le cas lorsque les droits de propriété intellectuelle sont classés dans les deux catégories établies par Fink dans le document présenté à la cinquième session de l'ACE²⁴. Les arguments se rapportant à l'exclusion de consommateurs du marché en raison de prix trop élevés et la nécessité d'adapter les droits de propriété intellectuelle et

²² Cette définition figure sur le site Web de la Banque mondiale à l'adresse <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTPOVERTY/0,,contentMDK:22569747~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336992,00.html>

²³ BASCAP, par exemple, les appelle des “consommateurs en difficulté”. Voir le profil des acheteurs de produits de contrefaçon ou pirates dans BASCAP (2009) “Research Report on Consumer Attitudes and Perceptions on Counterfeiting and Piracy”, BASCAP, à l'adresse http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/BASCAP-Consumer%20Research%20Report_Final.pdf

²⁴ Voir le débat dans Fink (2009); *supra* note 11, pp. 4 – 5.

d'envisager l'application des droits sous un angle différent sont valables lorsqu'il s'agit de droits visant à stimuler les activités inventives ou novatrices ou l'investissement, tels que les brevets, les modèles d'utilité, les dessins et modèles industriels, les droits d'auteur, etc.

38. L'argument n'est plus si valable lorsqu'il s'agit de droits de propriété intellectuelle visant à protéger la renommée ou à indiquer l'origine des produits et services (marques et indications géographiques) et qui ont donc une grande valeur informative pour les consommateurs. Il est beaucoup plus difficile et, à bien des égards, inexact d'affirmer que les consommateurs pauvres ne bénéficient pas de la fonction d'information des marques et des indications géographiques ou ne se préoccupent pas de la valeur des produits.

4.2. Imitation et stratégies déployées en vue de rattraper le retard

39. L'imitation est un processus essentiel grâce auquel les sociétés peuvent accroître leurs capacités technologiques et s'élever sur l'échelle du développement. À cet égard, Dutfield et Suthersanen ont notamment déclaré :

“L'histoire démontre amplement que la liberté d'imiter constitue une étape essentielle sur la voie de l'apprentissage de l'innovation. En outre, de nombreux exemples montrent qu'un accès relativement libre aux biens, aux technologies et à l'information provenant de pays plus développés stimulait le développement des pays moins avancés. Les données à l'appui de ces conclusions proviennent, comme nous l'avons vu, des exemples des Pays-Bas, de la Suède, du Japon, des États-Unis d'Amérique et des tigres asiatiques. Il est difficile de dire pourquoi tel ne serait pas aussi le cas aujourd'hui pour les pays en développement”²⁵.

40. Il a également été affirmé qu'un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle freine l'innovation et réduit considérablement les possibilités d'apprentissage. Maskus et Reichman affirment que :

“La situation de concurrence défavorable dans laquelle se trouvent naturellement les pays à la traîne peut se trouver renforcée par une multiplication des monopoles juridiques et des obstacles connexes à la pénétration des marchés résultant des normes minimales de propriété intellectuelle à l'échelle mondiale. Ces freins extérieurs à la concurrence pourraient confiner les pays les plus pauvres de façon quasi permanente au bas de l'échelle en matière de technologie et de croissance”²⁶.

41. Ces arguments semblent indiquer que les pays ou les sociétés les plus faibles dans les domaines socioéconomique et technologique nécessitent peut-être moins de monopoles juridiques ou de droits exclusifs et/ou des stratégies différentes d'application des droits. Eu égard à l'analyse des différents types d'atteintes et de leurs motivations, on peut affirmer que certains types d'atteintes constituent une condition préalable nécessaire au développement technologique ou, au minimum, que certains types d'atteintes doivent être considérés comme un processus naturel d'apprentissage pour les individus et

²⁵ Voir Dutfield, Graham et Uma Suthersanen (2005) “Harmonization or Differentiation in Intellectual Property Protection? Lessons from History”, *Occasional Paper 15*, QUNO (Genève), p.15. Le document peut être consulté par voie électronique à l'adresse <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Harmonisation-or-Differentiation.pdf>

²⁶ Maskus, Keith et Jerome Reichman (2004) “The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods”, *Journal of International Economic Law* Vol. 7, n° 2, pp 279-320 at 282.

les entreprises. Dans un tel cas, par exemple, le recours aux règles du droit pénal peut être considéré comme contre-productif. Il a donc été observé que l'application de sanctions pénales dans les cas d'atteinte aux brevets :

“[P]eut avoir un effet fortement dissuasif sur les entreprises, en particulier les petites et moyennes entreprises, souhaitant mener des activités en rapport avec des inventions brevetées. Une procédure pénale engendre beaucoup d'effets négatifs (du point de vue du prestige, des coûts liés à la défense, des restrictions relatives aux voyages à l'étranger, etc.). Même si le défendeur prouve qu'il est innocent, la crainte de s'exposer à une procédure pénale peut souvent être assez importante pour dissuader une entreprise de mener des activités que le titulaire peut considérer comme lui portant préjudice”²⁷.

42. Cet argument, comme c'était le cas plus haut concernant la question de la pauvreté et des inégalités, est également tout à fait valable s'agissant des droits classés par Fink dans la deuxième catégorie, mais pas nécessairement pour ceux de la première catégorie. Par ailleurs, l'argument peut n'avoir de sens que s'il est appliqué secteur par secteur. Une grande partie des données historiques citées par Dutfield et Suthersanen et d'autres donnent à penser que l'imitation et les stratégies déployées en vue de rattraper un retard ont été appliquées par les pays à des secteurs précis.

4.3. Droits étrangers par opposition aux droits locaux

43. Les pays les plus faibles dans les domaines socioéconomique et technologique sont généralement considérés comme des acteurs marginaux dans le système international de la propriété intellectuelle. Il a par conséquent été observé que les changements législatifs et autres auxquels ces pays ont procédé en vue de se conformer à leurs obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC et d'autres traités ne tiennent pas compte de leurs intérêts. Ainsi, le système de la propriété intellectuelle dans ces pays continue d'être “considéré essentiellement comme un moyen de protéger les intérêts étrangers. Cela influe souvent sur la réponse au système”²⁸. Ces considérations ont notamment pour effet de soulever des questions quant au rôle des gouvernements dans les mesures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Il est généralement estimé que, compte tenu du fait que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés, il incombe aux titulaires de droits de faire respecter leurs droits. Le gouvernement n'est tenu de fournir que les mécanismes juridiques.
44. Il convient d'accorder à ces arguments fondamentaux toute l'attention qu'ils méritent. Toutefois, nous devons poursuivre notre analyse. Déterminer le rôle des gouvernements dans les pays en développement, outre le fait d'assurer l'accessibilité de procédures d'application des droits, nécessite de se pencher sur d'autres considérations. Premièrement, concernant la question de l'imitation mentionnée plus haut, il convient de distinguer les atteintes établies à première vue, qui donnent lieu à la production de variantes (par exemple des médicaments génériques), des atteintes susceptibles de porter préjudice aux consommateurs. Comme le souligne Fink au sujet des pays en développement affectant davantage de ressources à l'application de mesures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle :

²⁷ CNUCED et ICTSD (2005) *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, New York, p. 621

²⁸ Sodipo, Bankole (1997), *Piracy and Counterfeiting – GATT TRIPS and Developing Countries*, Kluwer Law International (Londres), p. 276

“En règle générale, les gouvernements de ces pays doivent faire face à d’autres priorités en matière de dépenses publiques. En outre, la plupart des titulaires de droits de propriété intellectuelle sont d’origine étrangère, ce qui incite à penser que les avantages à court terme du renforcement de l’application des droits de propriété intellectuelle seront probablement limités – sauf lorsque les consommateurs locaux en pâtissent”²⁹.

45. Deuxièmement, la remarque concernant la prédominance des étrangers parmi les titulaires de droits se vérifie sans doute s’agissant des brevets, mais ne vaut pas nécessairement pour les marques, les modèles d’utilité et les œuvres protégées par le droit d’auteur dans tous les pays en développement. La situation peut être également variable selon les secteurs, ce qui signifie que les généralisations à l’échelle nationale donnent une fausse idée des faits. Cela donne à penser que l’hypothèse selon laquelle les atteintes portent essentiellement préjudice aux étrangers ne se vérifie peut-être pas toujours. L’argument relatif aux droits étrangers et à l’affectation des ressources semble aussi indiquer de manière implicite que dans les pays en développement, ce sont principalement les ressortissants du pays qui portent atteinte aux droits des étrangers. Dans certains cas, toutefois, le contraire peut aussi être vrai. Il conviendra d’étudier cette question en se fondant sur des faits concrets.
46. L’argument selon lequel les gouvernements des pays en développement doivent faire face à d’autres priorités en matière de dépenses publiques et qu’ils devraient donc consacrer moins de ressources à la protection des droits de propriété intellectuelle nécessite aussi d’être étudié de manière approfondie. En règle générale, en cas de ressources limitées, le gouvernement joue un rôle plus important dans la fourniture non seulement de services sociaux, mais aussi de services économiques. Dans ce cas, pourquoi les gouvernements ne pourraient-ils pas, par exemple, fournir aux titulaires locaux de droits de propriété intellectuelle des services d’appui en matière d’application des droits? La question ne devrait donc pas porter uniquement sur le point de savoir si les gouvernements devraient ou non s’impliquer dans l’élaboration de mesures visant à l’application des droits. Le bien-fondé de l’implication des gouvernements et de l’allocation des ressources doit être examiné à un niveau davantage détaillé.

5. CONCLUSION

47. Nul ne peut nier l’importance de tenir compte des variables socioéconomiques et technologiques, ainsi que des différents niveaux de développement dans les actions menées en vue de mieux comprendre les différents types d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle, ainsi que leurs motivations. Toutefois, pour atteindre l’objectif final, il conviendra de reconsidérer quelques-unes des hypothèses généralement avancées, en particulier en ce qui concerne les pays en développement.
48. Les termes utilisés sont essentiels aux fins d’une meilleure compréhension de la complexité des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. À cet égard, si l’Accord sur les ADPIC fait obligation d’ériger en délit passible d’une sanction pénale la contrefaçon intentionnelle de marque et le piratage d’œuvres protégées par le droit d’auteur, le recours à des termes utilisés dans le domaine de la contrefaçon et du vol en vue d’amener à considérer un large éventail d’atteintes comme des activités criminelles peut avoir une incidence négative au regard des initiatives prises en vue de parvenir à une vision

²⁹

Fink (2009), *supra* note 11, p. 21

commune de ces questions et de renforcer la coopération. Les généralisations peuvent également mener à la mise en place de politiques ou de lois médiocres malgré les efforts déployés.

49. Il serait également souhaitable d'aller au-delà des beaux discours sur la question de la prise en considération des différents niveaux de développement. Alors que des discussions factuelles sont menées, il convient de se pencher de manière sincère sur la question de l'utilisation des "pays en développement" comme unité d'analyse. Plus particulièrement, il est nécessaire d'examiner la charge disproportionnée que représentent pour les pays à faible revenu les normes internationales fixées sur la base d'une large dichotomie entre pays développés et pays en développement et les implications de politique générale qui en découlent.
50. Afin de tenir compte des variables socioéconomiques et technologiques dans l'analyse de questions telles que les types d'atteintes et leurs motivations, il conviendra également de remettre en question les idées communes et les stéréotypes. Le rapport entre la pauvreté, les inégalités, la nécessité de l'imitation et la protection des droits étrangers doit faire l'objet d'une analyse plus nuancée qu'elle ne l'a été jusqu'ici.

[Fin du document]