



HAL
open science

Le règlement des différends relatifs a la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC

Nadia Ben Merad

► **To cite this version:**

Nadia Ben Merad. Le règlement des différends relatifs a la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC. Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2017. Français. NNT : 2017AZUR0020 . tel-03059702

HAL Id: tel-03059702

<https://theses.hal.science/tel-03059702>

Submitted on 13 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Ecole Doctorale-Droit et Sciences Politiques et de Gestion
(ED-DESPEG n°513)

Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion
(GREDEG CNRS UMR 7321)

Thèse de doctorat

Présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur en Droit

de
UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR
par

Nadia BEN MERAD

Le règlement des différends relatifs à la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC

Soutenue le 20 octobre 2017

Sous la direction de Monsieur **Fabrice Siiriainen**

Devant le jury composé de :

Madame **Clotilde Jourdain-Fortier**, Professeur, Université de Bourgogne, Rapporteur
Monsieur **Jean-Christophe Martin**, Professeur, Université de Nice Sophia-Antipolis
Monsieur **Jean-Baptiste Racine**, Professeur, Université de Nice Sophia-Antipolis
Monsieur **Bernard Remiche**, Professeur émérite, Université Catholique de Louvain
Monsieur **Edouard Treppoz**, Professeur, Université Jean Moulin Lyon 3, Rapporteur

Remerciements

Mes remerciements vont en premier lieu tout naturellement à mon directeur de thèse, le Professeur Fabrice Siirinen. Ses précieux conseils et ses encouragements ont été d'un très grand soutien pour l'aboutissement de ce travail et ont permis de faire de ce projet une réalité. Je le remercie de sa patience et de sa confiance durant toutes ces années.

Je tiens aussi à exprimer ma gratitude aux Professeurs Clotilde Jourdain-Fortier, Jean-Christophe Martin, Jean-Baptiste Racine, Bernard Remiche, Edouard Treppoz, qui m'ont fait l'honneur de manifester leur intérêt pour ce travail en siégeant dans mon jury de thèse.

Je souhaite aussi remercier Madame Kerry Allbeury (conseillère à la Division des affaires juridiques de l'OMC), Messieurs Hannu Wager et Pierre Arhel (conseillers à la Division de la propriété intellectuelle de l'OMC), qui m'ont accordé un entretien lors de mes recherches, et m'ont si aimablement fait part de leur savoir.

J'exprime également mes remerciements à Madame Anne Lamy (conseillère à la Division de l'information et des relations extérieures de l'OMC) et Madame Marie Isabelle Pellan (conseillère à la Division du commerce et de l'environnement de l'OMC) pour leur aide hautement appréciée et pour les contacts qu'elles m'ont fournis au sein de l'OMC.

Je remercie le Conseil Régional Provence Alpes Côte d'Azur (PACA) pour m'avoir financée dans la réalisation de cette thèse ainsi que l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI), partenaire économique de la thèse.

Je désire également remercier mes amis, en particulier, Anne-Lise et Marius, pour leur encouragement indéfectible, leur soutien et leur générosité durant l'élaboration de cette thèse, notamment pour leur temps précieux consacré à la lecture de ce manuscrit.

Je remercie ma mère Fatiha, ma tante Alia, ma sœur Fouzia, mon frère Wahid ainsi que toute ma famille qui, bien qu'elle fût obligée de supporter avec moi ces années de thèse, l'a toujours fait avec amour et dévouement.

Je ne saurais terminer sans remercier plus particulièrement mon époux Mohamed-Ali qui a enduré courageusement les exigences de l'élaboration de cette thèse. Mes enfants, Wahab et Hiba, qui m'ont donné la force de finaliser le présent travail.

*À ma famille,
à ceux qui me sont chers*

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
PREMIÈRE PARTIE - LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC	51
TITRE 1 - LES DIFFÉRENDS RELATIFS À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU SENS DU MÉMORANDUM D'ACCORD	51
Chapitre 1 - Des différends entre Membres de l'OMC	52
Chapitre 2 - Des différends soumis au règlement en vertu de l'Accord sur les ADPIC	95
TITRE 2 - LE DÉROULEMENT DU PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC.....	165
Chapitre 1- La phase de négociations.....	166
Chapitre 2 - La phase contentieuse.....	184
DEUXIEME PARTIE - LE RÔLE DE L'ORD DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC.....	280
TITRE 1 - L'EFFECTIVITÉ DU RÈGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX ADPIC AU SEIN DE L'OMC	280
Chapitre 1 - L'ORD, une instance de dissuasion au contentieux pour favoriser le règlement amiable des différends relatifs aux ADPIC.....	282
Chapitre 2 - L'ORD, un acteur incontournable du règlement effectif des différends relatifs aux ADPIC	324
TITRE 2 - L'INCONTESTABLE CONTRIBUTION DE L'ORD DANS LA CLARIFICATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC.....	389
Chapitre 1 - La démarche interprétative des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le contexte du règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC	391
Chapitre 2 - L'apport des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC	415
CONCLUSION GÉNÉRALE	508

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ALE	Accord de libre échange
CE	Communauté européenne
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
DG	Direction générale
DPI	Droits de propriété intellectuelle
FTA	<i>Free Trade Agreement</i>
GATT	<i>General Agreement on Tariff and Trade</i>
GESAC	Groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs
IMRO	<i>Irish Music Rights Organisation</i>
IPC	<i>Intellectual Property Committee</i>
MARD	Mémorandum d'accord sur le règlement des différends
MSF	Médecins sans frontières
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ORD	Organe de règlement des différends
PED	Pays en développement
PMA	Pays les moins avancés
ROC	Règlement sur les obstacles au commerce
SRD	Système de règlement des différends
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TRIPS	<i>Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights</i>
UE	Union européenne

USTR	<i>United States Trade Representative</i>
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>
WTO	<i>World Trade Organization</i>

INTRODUCTION

« *Le monde dans lequel nous vivons s'oriente vers une économie de l'immatériel reposant sur la création, la circulation et l'exploitation du savoir. Au-delà des ressources naturelles, des infrastructures et des moyens en hommes, la richesse des nations dépend de plus en plus de leurs ressources technologiques et de leur capacité d'innovations de toutes sortes, dont la propriété intellectuelle est, précisément, l'expression* »¹.

1. La notion de propriété intellectuelle ne peut être envisagée de manière monolithique². En effet, ces droits, exclusifs et très particuliers, accordés aux auteurs d'une invention, d'une création ou d'une œuvre présentent une certaine spécificité qui les distingue de la « propriété » pris dans le sens ordinaire que l'on peut avoir sur un objet matériel³. Ces droits se déclinent sous différentes formes, telles que les droits d'auteur, les brevets, les marques, les dessins et les modèles ou les semi-conducteurs. Mais il convient de souligner que cette diversité ne peut masquer un certain nombre de caractéristiques qui leur sont communes, notamment l'immatériel, l'innovation, la connaissance, le savoir-faire ou encore la créativité, soit toutes dénominations en vogue pour caractériser l'économie d'aujourd'hui et de demain⁴.

¹ B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », in *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Colloque de Nice, Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, p. 132.

² F. Latrive, *Du bon usage de la piraterie. Culture libre, science ouverte*, Version 9.3, Pour la Liberté, 2009, p. 24, accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://perso.obspm.fr/marc.joos/piraterie.pdf> (consulté le 10 janvier 2016).

³ *Ibid.*, p. 24. Sur la terminologie de cette expression et l'histoire de la protection des droits de la propriété intellectuelle qui remonte rappellez-le à l'Antiquité, voir en particulier S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994, pp. 19- 51.

⁴ En ce sens, F. Latrive, *Du bon usage de la piraterie. Culture libre, science ouverte, op.cit.*, p. 12. Sur cette nouvelle économie, voir B. Coriat et F. Orsi, « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des

2. La propriété intellectuelle concerne tous les volets qui sous-tendent l'explosion des échanges commerciaux, de l'innovation technique (brevets), passant par la distribution (marques) et les services, à l'industrie de l'information et du divertissement (droits d'auteur)⁵. Du fait de son omniprésence durant les dernières décennies, l'importance économique des droits de propriété intellectuelle s'est développée significativement et ils sont devenus un enjeu majeur de la concurrence internationale⁶. De fait, pour rester compétitives sur un marché de plus en plus globalisé, les entreprises s'appuient sur l'amélioration de leurs capacités d'innovation, ce qui contribue à l'intensification de la concurrence par l'innovation à l'échelle mondiale⁷. Cette évolution résulte principalement de l'interaction de deux phénomènes : la mondialisation, d'une part, et la révolution technologique dans tous les domaines de l'activité humaine, d'autre part⁸.

3. Durant les années 1980, face à l'importance grandissante du rôle de la propriété intellectuelle dans la concurrence mondiale et à son exposition à la contrefaçon due à une diffusion internationale accrue du progrès technique⁹, les entreprises américaines ayant des activités dépendant fortement de cette composante immatérielle (notamment, celles qui œuvrent dans le développement de logiciels informatiques, dans le divertissement et dans l'industrie pharmaceutique) ont demandé à leur gouvernement de mettre en place un meilleur

firmes innovantes. Un retour sur la « nouvelle économie », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, pp. 265-287 ; M. Lévy et J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de l'Emploi, novembre 2006, 168 p. Disponible en ligne à l'adresse suivante: http://www.iesf.fr/upload/pdf/economie_de_l_immatériel.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

⁵ P. Vidon, « Le chantier de la régulation internationale du commerce par le droit de la propriété intellectuelle », *Annuaire Français des Relations Internationales*, 2000, p. 633.

⁶ B. Rémiche, « La protection de la propriété intellectuelle et industrielle : la lutte contre la contrefaçon », in H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, colloque des 11 et 12 décembre 2008, Journées internationales du CERIC - Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 2010, p. 138.

⁷ F. Sachwald, « La concurrence par l'innovation amène les entreprises à protéger leur capital intellectuel », *Le Monde*, 29 janvier 2002. En effet, les créations intellectuelles représentent, pour l'entreprise, un actif immatériel très précieux en tant qu'outil stratégique dans la constitution d'avantages comparatifs, permettant par la suite de lui faciliter l'acquisition et le maintien d'une position concurrentielle préférentielle sur ce marché globalisé. Voir B. Remiche, « Propriété intellectuelle : Intérêt d'entreprise et intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 525.

⁸ Voir B. Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2002, n°1, pp. 83-124.

⁹ En effet, la rapidité du progrès technique a également permis le développement plus rapide de la contrefaçon et du piratage. Ces techniques modernes de reproduction permettent aisément l'appropriation ou l'expropriation par des copieurs des créations d'autrui - les titulaires de droits de propriété intellectuelle - sans supporter le coût de leur recherche et développement. À ce sujet, voir J. Schmidt-Szalewski, « Le rôle des pays en voie de développement dans l'accord de Marrakech », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, p. 29 ; M. A. Leaffer, "Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism", *Iowa Law Review*, January 1991, vol. 76, pp. 274-275. Sur la définition des termes contrefaçon et piratage, voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, op.cit., pp. 191-196.

dispositif de protection de leur capital intellectuel à l'étranger¹⁰. Elles ont mis l'accent sur les effets négatifs d'une faible protection des droits de propriété intellectuelle à l'étranger sur la compétitivité des États-Unis¹¹. Le Professeur C. O'Neal Taylor met en avant trois facteurs qui ont poussé les entreprises américaines à formuler cette revendication auprès de leur gouvernement : « (1) le rôle grandissant des produits basés sur la propriété intellectuelle dans le commerce international des États-Unis ; (2) le développement du piratage et de l'expropriation des droits de propriété intellectuelle dû à la création de nouvelles technologies facilitant la contrefaçon et les copies ; (3) la hausse des coûts de recherche et développement »¹².

4. En proie à un déficit chronique de sa balance commerciale, le gouvernement américain a été réceptif aux demandes de ces entreprises du secteur privé. En effet, il faut savoir qu'entre 1950 et 1980, la part des États-Unis dans la production mondiale est passée de 40,3% à 21,8%¹³, tandis que sa part dans le commerce international des produits de haute technologie a enregistré une croissance impressionnante¹⁴. De ce fait, les États-Unis ont été amenés à miser sur cet avantage compétitif basé sur la créativité et le savoir pour redresser ou,

¹⁰ Voir C. Johnson and D. J. Walworth, *Protecting US. Intellectual Property Rights and the Challenges of Digital Piracy*, Office of industries working paper, U.S. International Trade Commission, DC 20436, No. ID-05, Washington, March 2003, p. 15, accessible en ligne à l'adresse suivante : http://www.usitc.gov/publications/332/wp_id_05.pdf (consulté le 16 janvier 2016) ; B. Rémiche, « Propriété intellectuelle : Intérêt d'entreprise et intérêt général », *op.cit.*, 1997, p. 525 ; F. Sachwald, « La concurrence par l'innovation amène les entreprises à protéger leur capital intellectuel », *Le Monde*, 29 janvier 2002 ; C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement, Études de la CNUCED sur les négociations commerciales et la diplomatie commerciale, New York et Genève, Nations Unies, 2010, p. 3.

¹¹ S. K. Sell, "Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The quest for TRIPS, and post-TRIPS strategies", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Spring 2002, vol.10, pp. 83-84. Par ailleurs, il faut savoir que les activités de contrefaçon et de piratage peuvent apporter beaucoup aux États notamment pour les pays en développement, ce qui réduit considérablement leur intérêt à lutter contre la violation des droits de la propriété intellectuelle. Bankole Sodipo écrit à cet égard : "indeed, it may be very difficult for a government to make the businesses of many of its citizens illegitimate, especially where the particular market for the goods is predominantly a pirated one, or where the introduction of effective enforcement may reduce the scope of a large local industry to copy. Not only may piracy and counterfeiting be a question of bread and butter for a nation's inhabitants, they may also be a major source of income for the government" (B. Sodipo, *Piracy and Counterfeiting. GAT, TRIPS, and Developing Countries*, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1997. pp. 267-268).

¹² C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March 1997, vol.30, pp. 228-229. (Traduit par nos soins).

¹³ S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, p. 207.

¹⁴ Comptant pour 12% en 1980, il doubla à 23% en 1994. Voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larquier, 2007, p. 104.

à tout le moins atténuer, le déficit commercial¹⁵ au risque de perdre leur suprématie dans l'économie mondiale¹⁶. La propriété intellectuelle est ainsi devenue une composante importante du commerce extérieur et de la compétitivité des États-Unis sur les marchés internationaux, notamment dans le commerce des produits de haute technologie¹⁷. Il fallait donc absolument protéger l'inventivité américaine contre les imitateurs étrangers qui deviennent de plus en plus une menace à la compétitivité des États-Unis.

5. Dans les années 1980, la menace provenait en particulier du Japon¹⁸, mais aussi des pays émergents comme le Brésil, l'Inde, la Chine, la Corée, Taiwan, et la Thaïlande qui, aux yeux des États-Unis, ne s'embarrassaient aucunement de respecter la propriété intellectuelle¹⁹, notamment dans le commerce des produits de haute technologie, pour lesquels les américains conservaient un avantage comparatif²⁰. Il fallait donc tout mettre en œuvre

¹⁵ *Ibid* ; S. K. Sell, "Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The quest for TRIPS, and post-TRIPS strategies", *op.cit.*, p. 81 ; V. S. Lewinski, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2004, n°10, p. 483.

¹⁶ Il y avait en effet, une grande préoccupation de l'affaiblissement du rôle des États-Unis dans l'économie mondiale et la perte ainsi de leur suprématie. S. V. Lewinski, « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international d'aujourd'hui », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, juillet 1994, n°161, p. 46 ; S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 206-210.

¹⁷ M. A. Leaffer, "Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism", *op.cit.*, p. 275.

¹⁸ En effet, dans les années 1980, les américains commencèrent à douter de la véritable origine du succès commercial du Japon. Ils considéraient que ce nouveau concurrent avait volé le savoir-faire américain. "The Japanese economic miracle began increasingly to wear on US nerves", écrit Peter Drahos, "Global Property Rights in Information: The story of TRIPS at the GATT", *Prometheus*, June 1995, vol.13, n°1, p. 8.

¹⁹ Voir W.A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *Virginia Journal of International Law*, Winter 1989, vol.29, p. 526. Il convient à cet égard d'observer que la protection des droits de propriété intellectuelle dans de nombreux pays en développement a évolué de manière très différente. Quelques pays seulement ont en effet maintenu le niveau de protection de la propriété intellectuelle dont ils avaient hérité de leurs anciennes puissances coloniales. Les autres pays ont régressé dans leur niveau de protection de la propriété intellectuelle (soit en raison d'une conviction politique selon laquelle tout type de protection constituait des restes indésirables du capitalisme dont on voulait se débarrasser, ou parce que la protection des brevets a été considérée comme un obstacle à l'industrialisation rapide). Par exemple, en Inde, une modification de la législation des brevets a abouti à la suppression de la protection des produits pharmaceutiques. Sur l'ensemble de cette question, voir S. Guennif et J. Chaisse, « L'économie politique du brevet au sud: variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2007, n°2, pp. 189-191 ; T. Sueur, « Quels avantages industriels peuvent-ils retirer des ADPIC ? », *Revue de la Propriété Industrielle et Artistique*, mars 2000, n°201, p. 38 ; J.-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *Les petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, p. 50.

²⁰ Ces pays sont considérés comme des pays abritant des contrefacteurs et voleurs de technologie. Ils sont appelés des « passagers clandestins » utilisant des créations sans l'autorisation des titulaires de ces droits et donc sans une contrepartie financière. La situation fut exacerbée par le fait que ces pays commencèrent à concurrencer directement les produits américains, qui intègrent une forte composante immatérielle, sur leur propre terrain. Le Professeur J.H. Reichman relève à cet égard que "free riders operating in states that inadequately protect foreign intellectual property rights in their domestic laws can injure foreign authors and inventors on at least three different levels. Initially, free riders make competition by foreign originators in the former's local markets more difficult by pricing unauthorized copies of foreign products lower than the originators' own marginal costs. Second, once these unauthorized products become good enough to satisfy local demand, free riding producers can introduce them into the stream of international trade and compete on favorable terms with exporters selling

pour protéger les créations immatérielles des industries américaines à l'étranger, car elles étaient particulièrement vulnérables à la contrefaçon²¹. Gerald J. Mossinghoff, alors commissaire américain aux brevets et aux marques écrivait en 1984 : *“Intellectual property protection is crucial in fostering international trade. Businesses of all nations now operate in an increasingly competitive worldwide marketplace. Strong domestic and international protection of patents and trademarks is vital to the success of U.S. business in that marketplace. In the past, the United States' greatest competitive advantages were the ideas that led to its industrial and technological progress. Today, the United States needs to encourage and protect those ideas in the international marketplace”*²².

6. Compte tenu de l'importance des droits de propriété intellectuelle pour la prospérité des États-Unis, le gouvernement a agi non seulement au niveau national mais aussi au niveau international.

Au niveau national, on relève plus particulièrement l'adoption en 1984 par le Congrès de la Loi sur le commerce et les tarifs²³. Cette Loi associe expressément la protection des droits de propriété intellectuelle au commerce international²⁴. Elle fait, en effet, du respect des

the genuine articles at higher prices. In effect, free riders thus reexport local versions of foreign creations and innovations that were “imported” without the consent of the proprietary rights holders. Finally, unauthorized producers operating from sanctuary countries that permit such activities may attempt to invade the originators' home territories with unauthorized versions of the original products. Unless specifically excluded by border measures or enjoined by domestic intellectual property laws, these lower priced imports can drive originators out of their home markets altogether” (J.H. Reichman, “Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, n°4, p. 769).

²¹ En effet, des chiffres considérables estimés en milliards de dollars ont été avancés par les industries pour quantifier les pertes subies en raison de l'insuffisance ou de l'absence de protection des droits de propriété intellectuelle à l'étranger, alors qu'ils investissent des sommes et des efforts considérables en recherche et développement. En 1982, on a estimé que la perte enregistrée par les États-Unis directement attribuables à la seule contrefaçon était de 6 à 8 milliards de dollars américains. Cette même année, on a estimé que la protection insatisfaisante des droits de propriété intellectuelle a également causé la perte de 130.000 emplois aux États-Unis. Voir M. A. Leaffer, “Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism”, *op.cit.*, pp. 274-275 ; W.A. Stanback, “International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem”, *op.cit.*, p. 526.

²² G.J. Mossinghoff, “The Importance of Intellectual Property in International Trade”, *Boston College International & Comparative Law Review*, 1984, p. 235.

²³ Un autre instrument juridique a été utilisé pour traiter la violation des droits de propriété intellectuelle à l'étranger, l'article 337 de l'US Tariff Act 1930. Globalement, cet article interdit les actions déloyales dans l'importation de produits sur le territoire américain. Cette mesure fut principalement utilisée pour interdire l'importation de produits qui contreviennent au droit américain de la propriété intellectuelle ou pour interdire l'importation de produits fabriqués à l'étranger à l'aide d'un procédé breveté aux États-Unis. Cet article fut révisé dans le cadre du Trade Act de 1974. Sur le sujet, voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 99. Pour une connaissance approfondie sur cette disposition, voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 233- 245.

²⁴ Un élément important doit être relevé car il a grandement contribué à l'adoption de cette Loi. C'est le fait que cette année-là, le comité consultatif pour la politique et les négociations commerciales (ACTN) aux États-Unis, comprenait un sous-comité sur la propriété intellectuelle. Selon Jean-Frédéric Morin, les membres de ce comité ont exercé une influence déterminante sur la politique commerciale américaine et ne sont pas étrangers à

droits de propriété intellectuelle une condition pour qu'un pays en développement puisse bénéficier du programme américain de préférences commerciales²⁵. L'amendement de l'article 301 de la Loi sur le commerce de 1974 est un autre élément important de cette Loi qui caractérise la nouvelle politique commerciale des États-Unis incluant explicitement la faible protection des droits de propriété intellectuelle des entreprises américaines parmi les motifs permettant d'imposer des sanctions commerciales²⁶. Dès 1985, ce nouveau pouvoir a été mis en pratique à l'encontre du Brésil et de la Corée afin de les contraindre à modifier leur attitude dans le domaine de la propriété intellectuelle²⁷.

Au niveau multilatéral, rappelons que le domaine de la propriété intellectuelle était déjà réglementé depuis la fin du XIX^e siècle avec principalement la Convention de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle²⁸ et la Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques²⁹. Depuis 1976, ces deux conventions ont été placées sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) qui en

l'association entre l'engagement historique des États-Unis envers la protection des droits de propriété intellectuelle et celui envers la libéralisation du commerce. Voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 99. En d'autres termes, la faible protection de ces droits est perçue comme un problème de commerce international, ce qui est conforme à la vision du milieu industriel qui lie ces deux aspects. Voir C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *op.cit.*, pp. 228-230.

²⁵ Connus sous le nom du système généralisé des préférences (SGP). Voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 116 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, tome 20, n°3, p. 433.

²⁶ Plus spécifiquement, la définition d'une mesure déraisonnable fut précisée pour inclure le défaut d'offrir «[an] adequate and effective protection of intellectual property rights » (19 U.S.C. §2411(d)(3)(b), cité par J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 116).

²⁷ *Ibid.* Pour de plus amples développements sur cette procédure 301, son efficacité et ses limites, voir R.W. Kastenmeier and D. Beier, "International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, p. 302 (l'auteur écrit que cet outil est moins efficace contre les pays en voie de développement car ces derniers dépendent moins du commerce avec les États-Unis).

²⁸ Cette convention fut signée à Paris le 20 mars 1883 entre onze partenaires (France, Belgique, Brésil, Espagne, Guatemala, Italie, Pays-Bas, Portugal, Salvador, Serbie, Suisse) auxquels s'ajoutèrent rapidement les États-Unis en 1887. C'est en effet la première grande mesure prise pour aider les créateurs à faire protéger leur création (brevet, marques, dessins et modèles industriels, indications géographiques, etc.) au-delà des frontières nationales. Son texte a connu plusieurs modifications dont la dernière date du 28 septembre 1979. Pour une vue d'ensemble sur la Convention de Paris, voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 119-185.

²⁹ La Convention a été conclue le 9 septembre 1886 à Berne. Elle est la plus ancienne et la plus importante pour la protection internationale du droit d'auteur. Son texte a fait l'objet de nombreuses révisions dont la dernière date du 28 septembre 1979. Les États-Unis n'ont adhéré à la Convention qu'en 1988, soit 102 ans après. Pour une vue d'ensemble sur la Convention de Berne, voir notamment A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} éd, Paris, Litec, 2006, pp. 917-977 ; S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 75-117 ; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College: Kluwer, 1987, 1030 p ; S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Second Edition, 2 Volumes, New York, Oxford University Press, 2006, 1640 p.

devient la gardienne³⁰. Cependant, les États-Unis étaient clairement insatisfaits de ces règles multilatérales car, selon eux, elles laissaient aux pays signataires une large marge de manœuvres dans la détermination du niveau de protection des droits de propriété intellectuelle³¹. Plus important encore, ces textes ont été considérés comme parfaitement inefficaces contre le piratage et la contrefaçon, notamment en raison de l'absence d'un véritable système de règlement des différends adéquat³². Ainsi, dans leur volonté de protéger les droits de propriété intellectuelle des entreprises américaines contre la concurrence étrangère des contrefacteurs, les États-Unis réussissent le 15 avril 1994, à la création de l'OMC par l'Accord de Marrakech³³, à faire adopter un accord multilatéral spécifique à la

³⁰ Cette organisation créée par une Convention signée à Stockholm le 14 juillet 1967 (entrée en vigueur en 1970 et a été modifiée en 1979) prend la suite des Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI) qui existaient depuis 1893. L'OMPI est une organisation intergouvernementale qui est devenue, en 1974, une institution spécialisée des Nations Unies. Cette organisation, dont le siège est à Genève en Suisse, compte aujourd'hui 188 États membres. Pour une étude détaillée sur sa création, sa structure organique, ses modalités de travail et ses multiples activités, voir en particulier S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 51 à 68.

³¹ Dans les années 1980, la Convention de Paris, et dans une moindre mesure, la Convention de Berne, furent l'objet de sévères critiques. Globalement, on leur reprochait plusieurs défauts majeurs. Le premier est que tous les pays ne sont pas parties à ces conventions et, par conséquent, ne sont pas soumis à ses règles. Le second est que la mise en œuvre du principe du traitement national prévu par ces mêmes conventions (selon lequel, les pays ne doivent pas faire de discrimination entre leurs propres ressortissants et les ressortissants étrangers), n'empêche pas un pays donné d'adopter des régimes de protection plus faibles que ceux dont peuvent bénéficier ses ressortissants dans un autre pays. Ils ont ainsi conservé toute latitude pour légiférer comme ils l'entendent (par exemple, exclure les produits pharmaceutiques de la brevetabilité). À ce sujet, voir F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *Michigan Journal of International Law*, Summer 1990, vol.11, pp. 1339-1341 ; C. Johnson & J. Walworth, *Protecting US. Intellectual Property Rights and the Challenges of Digital Piracy*, *op.cit.*, p. 15). Le troisième est que ces conventions ne fournissent pas de normes substantives couvrant des domaines importants. Par exemple, la Convention de Berne n'avait pas une couverture adéquate des nouveaux progrès technologiques (voir I.L. Knapp, "The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral Trade Policy despite the Multilateral TRIPs Enforcement Framework ?", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, spring 2000, vol 21, p. 189).

³² En effet, on avait reproché aux Conventions de Paris et de Berne l'absence de système de règlement efficace pour faire face aux États parties négligeant leurs obligations à cet égard (ce problème sera développé ultérieurement dans le prochain paragraphe). Un autre élément qu'on a reproché à ces conventions est qu'elles fournissent des dispositions limitées quant aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Voir F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, pp. 1341-1343 ; M. A. Leaffer, "Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism", *op.cit.*, pp. 293-294. Voir également, C. Johnson & D. J. Walworth, *Protecting US. Intellectual Property Rights and the Challenges of Digital Piracy*, *op.cit.*, p. 15.

³³ L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après, Accord sur l'OMC). L'OMC a en effet succédé au GATT (General Agreement on Tariffs and Trade ou l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) qui a été signé le 30 octobre 1947 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948. À l'origine, ledit accord avait été créé provisoirement, par vingt-trois nations, en attendant la mise en place de l'Organisation internationale du commerce (O.I.C) prévue par la Charte de la Havane signée le 24 mars 1948. Cependant, cette dernière n'a jamais vu le jour, en raison de la réticence des États-Unis. C'est ainsi, que le GATT censé être un accord provisoire, a duré jusqu'au 1994, année de la création de l'OMC. Pour de plus amples développements sur le GATT et son passage vers l'OMC, voir D. Pantz, *Institutions politiques commerciales internationales. Du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, 1998, p ; M. Rainelli, *L'Organisation mondiale du commerce*, Coll. Repères, 7^{ème} éd, Paris, La Découverte, 2004, pp. 15-85 ; D. Jouanneau, *Le GATT et l'Organisation Mondiale du Commerce*, coll. Que sais-je ?, 3^{ème} éd, Presses Universitaires de France, 1996, 126 p ; A. Landau, *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales. Le cas de l'Uruguay Round*, Coll. Axes Savoir,

protection des droits de la propriété intellectuelle dénommé l'« Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ci-après, l'Accord sur les ADPIC)³⁴. Cet accord a clairement pour objectif de remédier aux disparités importantes qui subsistaient entre les pays en matière de protection et de respect des droits de propriété intellectuelle³⁵. L'association ou le « mariage » pour reprendre l'expression de Robert J. Gutowski³⁶, entre les droits de la propriété intellectuelle et le commerce international se manifeste tout particulièrement à travers la phrase suivante du préambule : « *Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, en prenant en considération la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle [...]* ». De manière générale, le but de l'Accord sur les ADPIC est d'instaurer une concurrence loyale dans le domaine de la propriété intellectuelle³⁷. À cet effet, l'accord prévoit que tous les Membres de l'OMC adoptent et fassent respecter des règles minima prescrites à cet égard en matière de droits de propriété intellectuelle³⁸. Il prévoit également que le nouveau système de règlement des différends de l'OMC, dont l'organisation est stipulée dans le Mémoire d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends³⁹, s'appliquerait aux différends qui en découlent.

7. L'Accord sur les ADPIC fut considéré comme une réussite majeure des pays industrialisés et tout particulièrement des États-Unis. Il est, en effet, le fruit de longues années de négociations qui se sont déroulées sous l'égide du GATT lors du Cycle de l'Uruguay (1986-1994)⁴⁰. Les États-Unis ont été à l'origine de cette négociation sur la protection de

Bruxelles, Bruylant/ Paris, LGDJ, 1996, 212 p ; M. Kosteckí, « Le système commercial et les négociations multilatérales », in P. Messerlin et F. Vellas (éds.), *Conflits et négociations dans le commerce international. L'Uruguay Round*, Coll. « Approfondissement de la Connaissance Economique », Paris, Economica, 1989, pp. 7-21.

³⁴ Connu sous le sigle anglophone « TRIPS » (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). L'Accord sur les ADPIC se trouve à l'Annexe 1 C de l'Accord sur l'OMC.

³⁵ Voir É. Combe et É. Pfister, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale*, 2001/1, n°85, p. 64, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI_85-3.pdf (consulté le 27 janvier 2017).

³⁶ R.J. Gutowski, « The Marriage of Intellectual Property and International Trade in the TRIPS Agreement: Strange Bedfellows or a Match Made in Heaven? », *Buffalo Law Review*, 1999, vol. 47, p. 713.

³⁷ Y. Gaubiac, « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, p. 11, §7.

³⁸ É. Combe et É. Pfister, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 64.

³⁹ Accord qui figure à l'annexe 2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce. Ci-après, le Mémoire d'accord.

⁴⁰ Ouvertes dans le sillage de la Déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986, les négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round se sont terminées le 15 avril 1994 par la signature, à Marrakech, de l'Acte final. Celui-ci comprend l'accord instituant l'Organisation mondiale du

propriété intellectuelle dans le cadre du GATT, alors que ce dernier ne s'occupait traditionnellement que des problèmes purement commerciaux⁴¹. Ce pays a, en effet, réussi, avec beaucoup de ténacité, à convaincre les autres parties contractantes (notamment, la Communauté européenne et le Japon)⁴² et à contraindre les pays en développement⁴³, à

commerce (Accord sur l'OMC) auquel se trouvent annexés divers accords multilatéraux dont fait partie l'Accord sur les ADPIC (Annexe 1 C).

⁴¹ M. Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 2-3 ; W. A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op.cit.*, pp. 524-525. Notons, toutefois, que le sujet des droits de propriété intellectuelle n'étaient pas entièrement étrangers au GATT. À titre d'exemple, on peut citer l'article IX:6 qui porte sur les marques d'origine et l'article XX alinéa d) du GATT qui porte sur la protection des brevets, marques de fabrique et empêchement des pratiques de nature à induire en erreur. Voir K. D. Lee, "The Settlement of International Dispute in the Field of Intellectual Property", in F.- K. Beier and G. Schriker (ed.), *From GATT to TRIPS—The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, IIC Studies, volume 18, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1996, p. 286 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, avec la collaboration Isabelle Schmitz, Coll. Création Information Communication, Larcier, 2010, pp. 19-20.

⁴² Comme l'explique Susan Sell, le secteur privé américain a joué un rôle décisif pour aider le Gouvernement américain à convaincre leurs homologues européens et japonais de négocier un traité sur la propriété intellectuelle. L'auteur avance qu'au début de l'année 1986, tout en préparant le lancement de l'Uruguay Round des négociations du GATT, l'USTR Clayton Yeutter a rencontré John Opel (président d'IBM) et Edmund Pratt (alors président d'ACTN et de Pfizer (première entreprise pharmaceutique mondiale)) et a dit craindre que les gouvernements européens et japonais ne reçoivent pas de pression pour négocier un accord multilatéral en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. De fait, il leur a demandé de l'aide pour vendre cette idée à l'étranger. Il les a averti que sans l'appui de la Quad (les États-Unis, le Japon, la Communauté européenne et le Canada), il n'y aurait aucun espoir pour conclure un accord sur la propriété intellectuelle. Yeutter soutenait : "I'm convinced on intellectual property but when I go to Quad meetings, they are under no pressure from their industry. Can you get it?". Directement, Pratt et Opel contactèrent leurs collègues chefs d'entreprise et les ont convaincus de consacrer des fonds et des ressources humaines dans cette perspective et créèrent ainsi en mars 1986 l'Intellectual Property Committee (ci-après, IPC). Ce comité regroupait une douzaine de firmes multinationales américaines représentant les divers secteurs les plus dépendants des droits de propriété intellectuelle. Plus spécifiquement de Bristol-Myers, DuPont, FMC Corporation, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell International et Warner Communications. L'IPC avait alors seulement six mois avant la prochaine réunion de septembre 1986 de Punta del Este pour convaincre leurs homologues européens et japonais de faire pression sur leurs gouvernements respectifs. Ainsi, les membres de l'IPC sont immédiatement entrés en contact avec leurs homologues européens et japonais. En juin 1986, l'IPC a rencontré la *Confederation of British Industries*, la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, le Patronat français, et l'Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE). En juillet, l'IPC est allé au Japon et a rencontré la *Japan Federation of Economic Organizations* (Keidanren). Lors de ces réunions, les délégués de l'IPC soulignèrent à leur homologues l'importance de la question des droits de la propriété intellectuelle et de ne pas laisser cette question à la seule décision des gouvernements. Ils soulignèrent qu'il est dans leur intérêt commun de négocier un traité sur la propriété intellectuelle basé sur une approche commerciale dans le cadre du GATT. L'IPC a mis en avant les coûts élevés du piratage des droits de propriété intellectuelle à l'étranger, et les succès qu'ils avaient réalisés par des négociations bilatérales commerciales. Ainsi, l'IPC a réussi à forger un consensus entre ces homologues européens et japonais, qui ont finalement accepté de faire pression sur leur gouvernement respectif pour qu'ils appuient la proposition américaine au lancement du Cycle d'Uruguay. Voir S. K. Sell, "Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The quest for TRIPS, and post-TRIPS strategies", *op.cit.*, pp. 90-91 ; du même auteur, "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *Review of International Political Economy*, 2010, vol. 17, n°4, p. 775, en ligne à l'adresse suivante : <http://themonkeycage.org/wp-content/uploads/2011/10/sell.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

⁴³ En effet, les États-Unis ont menacé de conclure des accords bilatéraux et régionaux au moyen de la Section 301 si cette question était écartée à la Conférence ministérielle de Punta del Este débutant les négociations de l'Uruguay Round. Les pays en développement, notamment le Brésil et l'Inde, ont dû donc céder à la pression. Cependant, ces derniers ont continué à soutenir, pendant les négociations de l'Uruguay Round, que

introduire en 1986 la propriété intellectuelle dans l'agenda des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay du GATT⁴⁴.

8. Cette opération a été qualifiée d'« audacieuse »⁴⁵, car les questions de la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale étaient jusqu'alors

le GATT n'est pas le forum approprié pour traiter le domaine de la propriété intellectuelle qui, par essence, revient en principe à l'OMPI. À ce sujet, voir C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *op.cit.*, p. 231 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 431. À vrai dire, si les pays en développement étaient opposés à l'idée d'une réglementation des droits de la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT, c'est parce qu'ils craignaient que cette réglementation ne constitue pour eux un obstacle à l'accès aux technologies modernes produites dans les pays développés. Voir Ph. Vincent, « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », *Revue Belge de Droit International*, 1995, n°2, p. 506 ; B. Taxil, *L'OMC et les pays en développement*, *op.cit.*, pp. 83-84.

⁴⁴ Pour les États-Unis, la propriété intellectuelle est une question commerciale, qui justifie l'intervention du GATT (approche basée sur le commerce). Les États-Unis estimaient en effet que le manque de protection adéquate des droits de propriété intellectuelle à l'étranger occasionnait des pertes considérables à leurs entreprises. L'*International Trade Commission* des États-Unis, chargée de cette mission par le président Bush, estimait les pertes de l'industrie américaine, en 1986, dûes à une protection insuffisante des droits de la propriété intellectuelle à l'étranger, de l'ordre de 43 à 61 milliards de dollars (voir United States International Trade Commission, *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade*, USITC, Washington, D.C., USITC Publication 2065, February 1998, p. 163, en ligne : <http://www.usitc.gov/publications/332/pub2065.pdf> (consulté le 16 janvier 2016). En effet, on a fait valoir que la piraterie pratiquée à large échelle avait des effets néfastes. Si les effets à court terme du piratage de la propriété intellectuelle sont plus tangibles, ceux à long terme sont les plus dommageables. Selon l'*United States General Accounting Office*, "in the short term, such piracy (1) limits the ability of firms and individuals to realize returns on their investments of time and resources in developing innovations and original creations, (2) deprives legitimate businesses of sales, profits, and the ability to provide employment, and (3) can threaten public health and safety. In the long term, piracy undermines the effectiveness of the patent and copyright systems as means for encouraging innovation and creativity. Businesses and individuals are less likely to patent new products or to create new works if they cannot obtain Y returns on then investments. Piracy also can undermine the effectiveness of the trademark system, since consumers, unaware that they are buying inferior counterfeit goods, may lose confidence in specific trademarks or in trademarks generally as indicators of quality" (United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, Report to Selected Congressional Subcommittees, GAO/NSIAD-87-65 Washington, April 1987, p. 14, en ligne : <http://www.gao.gov/assets/150/145152.pdf> (consulté le 16 janvier 2016). Aux États-Unis, la ligne officielle est que la protection insatisfaisante des droits de propriété intellectuelle cause au moins trois distorsions aisément identifiables au commerce : "First, when pirated products are imported to the United States, they displace sales of legitimate items here at home. Second, when products are pirated [in] foreign markets, they reduce United States exports to those markets. Lastly, when pirated parts are exported from those foreign markets to third countries, they again displace United States exports" (W. A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op.cit.*, p. 526). En d'autres termes, la protection insuffisante des droits de propriété intellectuelle est associée à des barrières commerciales. Ce qui revient à dire que le problème est commercial et que le GATT doit absolument s'en occuper. Il a été aussi avancé que l'inaction des pays abritant les contrefacteurs ne porte pas seulement de préjudice aux nations développées, mais aussi aux pays en développement. Les pays développés avancent que la protection de la propriété intellectuelle est essentielle à leur développement économique technique (sur l'ensemble de la question, voir W.A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op.cit.*, pp. 526-527). Toutefois, il y a lieu de préciser que ce n'est pas la première fois que le GATT est sollicité pour des questions de propriété intellectuelle. Celui-ci avait effectivement déjà été sollicité par les États-Unis lors du Cycle de Tokyo (1973-1979) pour la question de la contrefaçon de marques de commerce. Une ébauche sous forme de Code intitulé *Accord relatif aux mesures de dissuasion du commerce d'importation des marchandises de contrefaçon*, a même été distribuée en 1979. Mais, cette initiative a échoué notamment en raison de l'opposition des pays en développement, réfractaires à l'idée de l'intervention du GATT dans le domaine de la propriété intellectuelle. Pour plus de détails sur cette initiative, voir United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, *op.cit.*, p. 35 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 22-24.

principalement débattues à l'OMPI qui gère la quasi-totalité des conventions importantes dans ce domaine⁴⁶. Or, pour les États-Unis, l'OMPI n'était pas le forum le plus adéquat pour adopter de nouvelles règles de protection de la propriété intellectuelle. Ils considèrent que cette organisation se préoccupe plus de questions du développement international que de la protection du capital immatériel⁴⁷. De plus, l'OMPI était devenue le lieu d'affrontement Nord-Sud⁴⁸. La plus frappante des preuves est l'échec de la révision de la Convention de Paris en raison du clivage profond de ces deux blocs sur le système de brevets⁴⁹. C'est d'ailleurs de cette expérience que les États-Unis ont estimé qu'aucun progrès, pour un renforcement du niveau de protection des droits de propriété intellectuelle, ne pourrait se faire dans le cadre de l'OMPI⁵⁰. En outre, à la différence de l'approche OMPI, l'approche GATT permettait de

⁴⁵ R. W. Kastenmeier and D. Beier, "International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality", *op.cit.*, p. 305 ; S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, p. 279.

⁴⁶ À cette époque, une multitude d'opinions et de remarques ont été émises sur l'*approche GATT* pour traiter des sujets relatifs aux droits de propriété intellectuelle qui étaient jusqu'alors un domaine exclusif de l'OMPI. La doctrine s'est souvent limitée à une problématique « GATT v. WIPO ». Voir M.L. Cordray, "GATT v. WIPO", *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, February 1994, vol.76, pp. 121-144 ; l'ouvrage de F.-K. Beier & G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO ? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, 405 p. Sur la compétence et l'opportunité de l'action du GATT, voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 279-293.

⁴⁷ J.- F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 119.

⁴⁸ Sur l'origine du conflit Nord-Sud au sein de l'OMPI, voir O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Thèse de doctorat en droit, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, soutenue en 2002, pp. 31-34.

⁴⁹ En effet, un projet de révision de la Convention avait bien été entamé en 1980 sous les auspices de l'OMPI. Dans le cadre du nouvel ordre économique international (NOEI), les pays en voie de développement étaient très critiques envers le système de brevet international et, de fait, ont cherché à réviser la Convention de Paris pour l'assouplir afin de la faire mieux correspondre à leurs besoins (en particulier, sur la licence obligatoire). Pour leur part, les pays développés, surtout les États-Unis, étaient déterminés à interdire tout affaiblissement du système des brevets. La Conférence diplomatique a fini dans l'impasse en 1985 sans qu'aucune révision de traité ne soit adoptée. Pour une vue d'ensemble, voir S. K. Sell, "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *op.cit.*, p.763 ; L. R. Helfer, "Regime Shifting: the TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking", *Yale Journal of International Law*, Winter 2004, vol. 29, p. 20, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2642&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017). Sur la révision de la Convention de Paris et les points de désaccords entre les PED et les pays industrialisés, voir S. Zhang., *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 170- 185 ; United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, *op.cit.*, pp. 26-29.

⁵⁰ S. K. Sell, "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *op.cit.*, p. 763 ; H.P. Kunz-Hallstein, "The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris convention for the protection of industrial property", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol.22, pp. 266-267 ; L. R. Helfer, "Regime Shifting: the TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking", *op.cit.*, p. 20 ; U. Joos & R. Moufang, "Report on the Second Ringberg-Symposium", in F.-K. Beier and G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16,

pratiquer, sur le plan de la négociation, la technique des « monnaies d'échanges » avec d'autres domaines de négociation⁵¹, ce qui laisserait une plus grande chance pour la réussite des négociations⁵².

9. Un autre facteur très important de la stratégie des États-Unis les incitant à choisir le GATT comme nouveau cadre de discussion sur la protection de la propriété intellectuelle est l'existence au sein de cet accord d'un système de règlement des différends efficace⁵³. Plus exactement, les États-Unis estimaient que le processus de règlement des différends du GATT, qui a plutôt bien fonctionné pendant plusieurs années⁵⁴, assurerait une mise en œuvre plus efficace que ne pouvait le faire le système prévu par les grandes

1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, p. 35.

⁵¹ United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, *op.cit.*, p. 36 ; F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round- Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, p. 1345 ; T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC: un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, pp. 138-139.

⁵² J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, pp. 120-121. Sur le plan pratique, cette technique a grandement aidé pour convaincre les PED d'accepter l'Accord sur les ADPIC; ils ont en effet obtenu en contrepartie des concessions dans les secteurs du textile et de l'agriculture. Voir T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p.142.

⁵³ S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 281et 287 ; J.-F. Morin, « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales*, décembre 2003, vol. 34, n°3, p. 541. Voir également S.V. Lewinski, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 482 ; W. A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op.cit.*, p. 530.

⁵⁴ Selon une étude statistique menée sur la période allant de 1948 à la fin 1989, par Robert. E. Hudec, Daniel L.M. Kennedy et Mark Sgarbossa, 207 plaintes ont été soumises à la procédure de règlement des différends du GATT. L'étude décennale a relevé, que le nombre de plaintes a été relativement fort dans les années 1950 (53 plaintes), est retombé significativement dans les années 1960 (7 plaintes) et a commencé à remonter un peu dans les années 1970 (32 plaintes), avant d'exploser à nouveau dans les années 1980 (115 plaintes). Voir R. E. Hudec, D. L.M. Kennedy and M. Sgarbossa, "A Statistical Profile of GATT Dispute Settlement Cases: 1948-1989", *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1993, vol.2, n°1, p. 18. Voir également l'évaluation globale de la procédure de règlement du GATT faite par le Secrétariat du GATT, document *Négociations d'Uruguay - Groupe de négociation sur les marchandises (GATT) - Groupe de négociation sur le règlement des différends- Système de règlement des différends du GATT*, MTN.GNG/NG13/W/4, 10 juin 1987, pp. 107-109. Par ailleurs, il est important de relever que des Groupes spéciaux du GATT ont eu l'occasion d'examiner des différends relatifs à la propriété intellectuelle et ce, avant même le lancement de l'Uruguay Round en 1986. Le premier rapport du Groupe spécial porte sur l'affaire *Clause d'impression appliquée par les États-Unis (droit d'auteur)*, adopté les 15/16 mai 1984 (L/5609 - 31S/82), document BISD 31S/74. Le deuxième rapport du Groupe spécial porte sur l'affaire *États-Unis — Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, adopté le 26 mai 1983 (L/5333 - 30S/111), document BISD 30S/107. Le troisième rapport du Groupe spécial concerne l'affaire *Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, adopté le 10 novembre 1987 (L/6216 - 34S/92). À ce sujet, voir K. D. Lee, "The Settlement of International Dispute in the Field of Intellectual Property", *op.cit.*, p. 287 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 19-20. Ces rapports sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://www.sice.oas.org/dispute/gatt/ds8086.asp#83> (consulté le 16/1/2016). Pour un commentaire sur ces affaires, voir É. Canal-Forgues et Th. Flory (dir.), *GATT/OMC. Recueil des contentieux du 1^{er} janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1229 p.

conventions gérées par l'OMPI⁵⁵, particulièrement la Convention de Paris et la Convention de Berne⁵⁶, lesquelles délèguent, pour l'essentiel, cette compétence à la Cour internationale de justice⁵⁷. Selon un rapport officiel de l'*United States General Accounting Office*, "GATT dispute settlement procedures (...) are generally considered better than those in WIPO conventions, which involve bringing disputes before the International Court of Justice"⁵⁸. D'ailleurs, cette Cour n'a jamais été saisie pour des différends en matière de propriété intellectuelle⁵⁹. Du point de vue des États-Unis, cette effectivité de la procédure de règlement

⁵⁵ J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 121 ; S.V. Lewinski, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 484.

⁵⁶ En effet, la Convention de Berne a aussi fait l'objet de critiques américaines, bien que les États-Unis n'en aient pas été encore membres (ils le sont devenus que depuis 1988). Selon l'industrie américaine des droits d'auteur, la protection offerte par les règles de la Convention de Berne ne peut pas résoudre les nombreux problèmes de propriété intellectuelle auxquels ils sont confrontés. Selon eux, ceux-ci sont dus aux : "First, national treatment becomes meaningless when the national laws of developing countries are inadequate, or not enforced. Second, the limited number of signatories and the Convention (referring also to the Universal Copyright Convention) lack of application to nonmember countries also diminish their effectiveness. Finally, the lack of mechanisms for consultations, for dispute settlement or for remedying violations limits their usefulness" (voir International Intellectual Property Alliance, *U.S. Government Trade Policy: Views of the Copyright Industries*, 1985, cité par Frederick M. Abbott, "Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, n°4, pp. 704-705).

⁵⁷ Sous l'intitulé « différends », l'article 28 de la Convention de Paris comme l'article 33 de la Convention de Berne prévoient bien une procédure de règlement des différends mais renvoient, pour l'essentiel, à la saisine de la Cour internationale de justice, qui est la cour compétente pour l'interprétation et l'application desdites conventions. En somme, ces deux instruments internationaux de la protection des droits de propriété intellectuelle n'ont pas leur propre mécanisme de règlement des différends dans la mesure où ils renvoient pour ce faire à la Cour internationale de Justice. En ce sens, UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, pp. 657- 658.

⁵⁸ United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, *op.cit.*, pp. 36-37.

⁵⁹ En effet, le nombre de litiges portés devant la Cour internationale de justice est de ZERO. Voir K. D. Lee, "The Settlement of International Dispute in the Field of Intellectual Property", *op.cit.*, p. 285 ; F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round- Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, p. 1343. L'inefficacité de ces procédures est, en effet, due à la possibilité offerte aux pays adhérents d'émettre des réserves sur la compétence de la Cour internationale de justice. Tout État, en déposant son instrument de ratification ou d'adhésion à la Convention de Berne ou de Paris, peut déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions instituant la compétence de la Cour internationale de justice pour régler un différend éventuel entre deux ou plusieurs États membres de l'Union (voir les articles 33:2 de la Convention de Berne et 28:2 de la Convention de Paris). Dans la pratique, à cette époque, la majorité des États membres de ces Conventions n'ont pas souscrit à la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice dans des sujets portant sur la propriété intellectuelle. Ils ne pouvaient donc pas être poursuivis devant cette juridiction contre leur volonté dans ce domaine (voir G. E. Evans, "Intellectual Property as a Trade Issue-The Making of the Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights", *World competition, Law and Economics Review*, December 1994, vol.18, n°2, p. 148, en ligne: <http://www.gaileevans.com/EvansIPTradeIssue94.pdf> (consulté le 26/01/2017) ; F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round--Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, p. 1343 ; Y. Gaubiac, « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *op.cit.*, pp. 10-11 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 463). Par ailleurs, si le recours à la Cour internationale de justice pouvait en principe être utilisé par les pays adhérents l'ayant accepté, celui-ci n'a jamais été tenté. Diverses explications ont été avancées par la doctrine. Concernant la Convention de Paris, Frank Emmert écrivait à cet égard que : "patent disputes were considered to be too trivial to bring before the ICJ" (F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round--Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, p. 1343). Ulrich Joos et Rainer Moufang relèvent qu'une telle action devant la Cour internationale de justice serait interprétée comme un acte inamical par l'État poursuivi (U. Joos and R. Moufang, "Report on the

des différends du GATT constitue un avantage appréciable qui justifiait amplement de faire passer les négociations sur les droits de propriété intellectuelle de l'OMPI au GATT⁶⁰.

Second Ringberg-Symposium”, *op.cit.*, p. 19). Pour certains auteurs, cela tient aussi à la longueur des procédures de la Cour internationale de justice et leurs complexités pour être praticables au cas de l'espèce (A. Moebes, “Negotiating International Copyright Protection: The United States and European Community Positions”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, February 1992, n°2, p. 306, en ligne: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=ilr> (consulté le 26 janvier 2017) ; M.L. Cordray, “GATT v. WIPO”, *op.cit.*, p. 131 ; G. E. Evans, “Intellectual Property as a Trade Issue-The Making of the Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights”, *op.cit.*, p. 148). D'ailleurs, de nombreux pays occidentaux ont déclaré que s'ils n'avaient jamais utilisé cette procédure, c'est parce que “*it is too long, complex, and cumbersome, and time-consuming*” (voir BNA, “WIPO's Dispute-Resolution Talks Highlight Conflicts With GATT”, *World Intellectual Property Report*, April 1990, vol.4, n°4, p. 79). Aussi, s'il est possible de concevoir le recours à des contre-mesures à l'encontre d'un État qui aurait violé une obligation de droit international découlant de la Convention de Paris ou de Berne, il apparaît peu probable en pratique que le Conseil de Sécurité des Nations-Unies agira pour imposer l'application d'un jugement de la Cour internationale de justice rendu en matière de propriété intellectuelle (M.L. Cordray, “GATT v. WIPO”, *op.cit.*, p. 132). Pour d'autres auteurs, si aucune affaire n'a été portée devant la Cour internationale de justice, c'est simplement parce que les États ne l'ont pas voulu. En effet, la réticence des États à porter leur différend devant une juridiction internationale est très connue à cette époque. Gail E. Evans, écrivait à cet égard que “*states have in the past tended to avoid any form of third party adjudication that deprives them of their sovereign power of decision-making. In particular this has been the case in matters of intellectual property where sensitive issues of national policy are likely to be involved*” (G.E. Evans, “Issues of Legitimacy and the Resolution of Intellectual Property Disputes in the Supercourt of the World Trade Organisation”, *International Trade Law & Regulation*, 1998, vol.4, n°3, p. 81, en ligne : <http://gaileevans.com/EvansSupercourt98.pdf> (consulté le 26 janvier 2017)). Le mécontentement des États quant au fonctionnement de la Cour internationale de justice a aussi joué un rôle dans leur réticence à porter leur différend devant celle-ci. Le professeur Oscar Schachter a d'ailleurs identifié certains problèmes saillants d'ordre général sur le fonctionnement de la Cour : “*Litigation is uncertain, time consuming, troublesome. Political officials do not want to lose control of a case that they might resolve by negotiation or political pressures. Diplomats naturally prefer diplomacy; political leaders value persuasion, manoeuvre and flexibility. They often prefer to "play it by ear", making their rules to fit the circumstances rather than submit to pre-existing rules. Political forums, such as the United Nations, are often more attractive, especially to those likely to get wide support for political reasons. We need only compare the large number of disputes brought to the United Nations with the few submitted to adjudication. One could go on with other reasons. States do not want to risk losing a case when the stakes are high or be troubled with litigation in minor matters. An international tribunal may not inspire confidence, especially when some judges are seen as "political" or as hostile. There is apprehension that the law is too malleable or fragmentary to sustain "true" judicial decisions. In some situations, the legal issues are viewed as but one element in a complex political situation and consequently it is considered unwise or futile to deal with them separately. Finally we note the underlying perception of many governments that law essentially supports the status quo and that courts are responsive to demands for justice or change*” (O. Schachter, “International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1982-V, Tome 178, p. 208). Frank Emmert nous livre, entre autres, une explication concernant spécifiquement le cas des États-Unis. Selon l'auteur, “*the U.S. could pick a particularly notorious pirating country and bring such a suit before the ICJ, provided the country has accepted the compulsory jurisdiction of the Court. Two problems exist, however. First, there is no precedent to such a case and thus the result would be uncertain. There is a chance that the Court would hold that there is no infringement if a country has very low standards of IP protection, as long as it observes the principle of national treatment embodied in the Paris Convention. Second, given the manner in which it dealt with the Nicaragua case, the U.S. is still faced with a tarnished reputation at The Hague*” (F. Emmert, “Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries”, *op.cit.*, p. 1394).

⁶⁰ J- F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op.cit.*, p. 121. Selon la majorité de la doctrine américaine, l'absence d'un système efficace de règlement des différends dans le cadre des Conventions de Paris et de Berne a été l'une des principales raisons qui ont joué en faveur du choix du GATT comme nouveau cadre de négociation sur la propriété intellectuelle. Voir, notamment, I. L. Knapp, “The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral Trade Policy Despite the Multilateral TRIPS Enforcement Framework?”, *op.cit.*, p. 187 ; M. L. Doane, “TRIPS and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology”, *American University Journal of International Law and Policy*, Winter 1994, vol.9, p. 488 ; S. V. Lewinski, “The Settlement of

10. Effectivement, il est à croire que l'inefficacité reprochée au dispositif de règlement des différends prévu par les Conventions de Paris et de Berne piliers de l'OMPI a été dommageable à cette organisation⁶¹. Ainsi, l'OMPI s'est lancée, pendant la stagnation des négociations de l'Uruguay sur le projet d'accord sur les ADPIC, comme défi d'élaborer un projet de Traité sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle⁶². Cette tentative s'est, toutefois, soldée par un échec car la création de l'OMC et l'adoption des accords annexes (en particulier, l'Accord sur les ADPIC et le Mémoire d'accord) ont considérablement entravé les travaux d'examen du Comité d'experts sur le projet de Traité sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle. Ces événements ont, en effet, remis en question l'utilité du projet de l'OMPI en matière de règlement des différends⁶³ et rendu son échec prévisible⁶⁴. Toutefois, il est

International Dispute in the Field of Intellectual Property”, in F.-K. Beier and G. Schriker (ed.), *From GATT to TRIPS – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, IIC Studies, volume 18, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1996, p. 282 ; A. Moebes, “Negotiating International Copyright Protection: The United States and European Community Positions”, *op.cit.*, pp. 321-322 ; F. Emmert, “Intellectual property in the Uruguay Round-Negotiating strategies of the western industrialized countries”, *op.cit.*, p. 1343.

⁶¹ En effet, en l'absence d'un système de règlement des différends efficace, c'est donc tout le système de l'OMPI qui est mis en cause.

⁶² B.G. Das, “Intellectual Property Dispute, GATT, WIPO: of Playing by the Game Rules and Rules of the Game”, *The Journal of Law and Technology*, 1994, vol.35, p. 175, en ligne: http://ipmall.info/hosted_resources/IDEA/p149.Gopal.pdf (consulté le 16 janvier 2016) ; S. Wagner, “WIPO Focuses on Bold Program to Settle Disputes, Harmonize Laws”, *World Intellectual Property Report*, BNA, May 1989, vol.3, n°5, p. 109 ; J.-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, p. 50. Il faut savoir, en effet, que malgré ses nombreux pouvoirs en vue de promouvoir la propriété intellectuelle à travers le monde, l'OMPI n'avait pas vocation à régler les différends entre États dans ce domaine. En ce sens, voir Ph. Petit, « Propriété intellectuelle, mondialisation et développement », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2008, p. 823. Bien évidemment, il est légitime de se demander comment la plus grande organisation internationale spécialisée en matière de propriété intellectuelle ne dispose pas de son propre système de règlement des différends. À vrai dire, l'absence d'un tel système au sein de l'OMPI peut être expliquée par la possibilité de recourir à la Cour internationale de justice, prévue par les conventions internationales en matière de propriété intellectuelle administrées par l'OMPI, notamment les Conventions de Berne et de Paris.

⁶³ Même si la majorité des délégations s'étaient prononcées, lors de la huitième et dernière session du Comité d'experts, tenue en juillet 1996, en faveur du traité envisagé et de la tenue, promptement, d'une conférence diplomatique pour l'adoption de ce traité. À ce sujet, voir OMPI, *Comité d'experts sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Huitième session, Genève, 1^{er}-5 juillet 1996, *Projet de rapport établi par le bureau international, Projet de traité sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Mémoire Bureau international, document SD/CE/VIII/2, 1^{er} mai 1996, pp. 3-11). La doctrine était aussi favorable à ce projet. Frederick M. Abbott fait très justement observer qu'il y a de bonnes raisons en faveur de la création d'un forum de règlement des différends en matière de propriété intellectuelle en dehors du cadre de l'OMC, en l'occurrence l'OMPI. En premier lieu, les différends susceptibles d'émerger dans le domaine de la propriété intellectuelle ne sont pas tous couverts par le champ d'application de l'Accord sur les ADPIC et, par la même, ne peuvent être portés devant l'OMC. En deuxième lieu, tous les États signataires des conventions de l'OMPI ne sont pas Membres de l'OMC. En troisième lieu, la création d'un forum de règlement des différends en dehors de l'OMC devrait permettre aux États de résoudre leurs différends liés à la propriété intellectuelle dans un environnement moins politisé que l'OMC. Voir F.M. Abbott, “The Future of the Multilateral Trading System in the Context of TRIPS”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Spring 1997, vol. 20, p. 672.

important de relever que même si l'OMC s'est accaparée le domaine de la propriété intellectuelle, celle-ci n'a pas pour autant fait table rase de l'OMPI et de ses acquis⁶⁵. Dans le préambule de l'Accord sur les ADPIC, la coopération entre les deux organisations genevoises (OMC-OMPI) est mise en évidence sous la forme de l'instauration d'un « soutien mutuel ». Un accord de coopération a même été conclu le 22 décembre 1995 entre l'OMPI et l'OMC par le biais du Conseil des ADPIC⁶⁶.

⁶⁴ En fait, tout en s'inspirant du mécanisme de règlement des différends du GATT/OMC, le Traité envisagé présente un certain nombre de similitudes avec le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. En effet, le Traité envisagé de l'OMPI prévoit des procédures de consultations, bons offices, conciliation et médiation et en cas d'échec la constitution d'un groupe spécial. Par ailleurs, les parties à un différend peuvent, de manière alternative, et à tout moment, convenir que leur différend sera soumis à l'arbitrage. Mais, la ressemblance avec ce qui est prévu dans le cadre du Mémoire d'accord s'arrête à ces seules procédures. En d'autres termes, comparé au nouveau système de règlement des différends de l'OMC, ne sont prévues ni la phase d'appel ni les mesures de rétorsion. Le système de règlement des différends de l'OMC prévoit, comme on le verra, la possibilité de recourir aux mesures de rétorsion contre les Membres qui ne se conforment pas à la recommandation établie à cet effet. Voir OMPI, *Traité envisagé sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Assemblée générale de l'OMPI, vingt et unième session (13^e session ordinaire), Genève, 22 septembre-1^{er} octobre 1997, document WO/GA/XXI/2, 30 avril 1997.

⁶⁵ D'ailleurs, le soutien aux initiatives de l'OMPI était présent dès le début des négociations de l'Uruguay Round sur les ADPIC. Dans la Déclaration de Punta del Este de 1986, alors que sont fixés les objectifs du Groupe de négociation sur les ADPIC, les PARTIES CONTACTANTES soulignent que « ces négociations se dérouleront sans préjudice d'autres initiatives complémentaires qui pourraient être prises dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et ailleurs pour traiter ces questions » (*Déclaration Ministérielle sur les Négociations d'Uruguay, GATT, Négociations commerciales multilatérales Négociations d'Uruguay*, document MIN.DEC, 20 Septembre 1986, p. 8). De ce texte, il ressort clairement qu'il ne s'agit pas de miner les initiatives de l'OMPI, mais de mettre à disposition du domaine de la propriété intellectuelle des moyens de protection plus efficace. L'OMPI a d'ailleurs été mise à contribution lors de ces négociations, puisqu'elle se voit attribuer le statut d'observateur, et fournit des informations utiles au Groupe de négociation sur les ADPIC concernant les conventions qu'elle administre. À ce sujet, voir A. S. Dwyer, "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", in T. P. Stewart (éd.), *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History (1986-1994)*, Volume IV: The End Game (Part I), The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 550-555 ; S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, op.cit., pp. 302-303 ; O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, op.cit., pp. 237-238.

⁶⁶ La coopération entre l'OMPI et l'OMC trouve appui dans les termes du Préambule de l'Accord sur les ADPIC « désireux d'instaurer un soutien mutuel entre l'Organisation et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ». L'accord prévoit à l'article 68 une consultation avec l'OMPI en vue d'établir les bases d'une coopération entre les deux institutions. À cette fin, un accord de coopération a été conclu, le 22 décembre 1995 entre l'OMPI et l'OMC. Cet accord prévoit une coopération dans trois grands domaines, à savoir la notification et la traduction des lois et réglementations nationales ainsi que l'accès à ces textes, la mise en œuvre de procédures en vue de la protection des emblèmes nationaux, l'assistance technico-juridique et la coopération technique. Voir l'Accord entre l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle et l'Organisation mondiale du Commerce, 22 décembre 1995, Genève (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996). Sur cette coopération OMC-OMPI, voir F. M. Abbott, "Distributed Governance at the WTO-WIPO: An Evolving Model for Open-Architecture Integrated Governance", *Journal of International Economic Law*, 2000, n°3, pp. 63-81 ; N. Khlestov, "WTO-WIPO Co-operation: Does it Have a Future?", *European Intellectual Property Review*, 1997, vol. 19, n°10, pp. 560-562 ; R. L. Okediji, "WIPO-WTO Relations and the Future of Global Intellectual Property Norms", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2008, vol.39, pp. 1-55.

11. Dans le cadre de cette étude, afin de mieux apprécier le chemin parcouru depuis le lancement du Cycle des négociations de l'Uruguay en septembre 1986 à la conclusion de l'Accord sur les ADPIC et l'application du système de règlement des différends de l'OMC au domaine de la propriété intellectuelle en avril 1994, il est nécessaire de revoir et d'analyser les traits essentiels de ces négociations (I). Il convient également de s'intéresser concrètement au résultat final de ces négociations, à savoir l'application du nouveau système de règlement des différends de l'OMC aux différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC (II).

I. L'historique des négociations de l'Uruguay Round sur les ADPIC en matière de règlement des différends

12. Les négociations sur la question du règlement des différends dans le cadre du futur accord sur les ADPIC ont connu, depuis le lancement de l'Uruguay Round à Punta del Este en septembre 1986, des ruptures et de rebondissements. Il nous est apparu approprié que ces négociations toutes mystérieuses soient présentées dans ses stades majeurs. On peut distinguer deux phases : La première phase part de l'ouverture des négociations à Punta del Este en septembre 1986 jusqu'à la Conférence à mi-parcours de Genève en 1989 (A). La deuxième phase part de la Conférence à mi-parcours de Genève à la clôture de l'Uruguay Round en 1994 (B).

A. De la Déclaration de Punta del Este de 1986 à la Conférence à mi-parcours de Genève de 1989 : la question du « règlement des différends » dans la négociation sur les ADPIC

13. Le coup d'envoi de l'Uruguay Round a été officiellement donné le 20 septembre 1986, à Punta del Este. S'agissant du domaine de la propriété intellectuelle, sous le « *Groupe de négociation sur les marchandises* », un « *Groupe de négociation sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon* »⁶⁷, a été créé pour s'occuper de cette matière conformément à leur mandat de Punta de Este⁶⁸.

⁶⁷ Ci-après appelé le « Groupe de négociation sur les ADPIC ».

⁶⁸ Il est nécessaire de faire remarquer que la propriété intellectuelle n'avait pas de place autonome. Le compromis de la Déclaration Ministérielle de Punta del Este était divisé en deux volets. Le premier couvre des négociations sur le commerce des marchandises, le deuxième couvre les négociations sur le commerce des services. La négociation sur la propriété intellectuelle se trouvait en fait dans le volet consacré aux négociations sur le commerce des marchandises. Le « Groupe de négociation sur les ADPIC » fait partie des quatorze groupes de négociateurs qui ont été créés sous le « Groupe de négociation sur les marchandises », en anglais, « *Group of Negotiation on Goods* » (GNG). Dans la hiérarchie, le « Groupe de négociation sur les marchandises », de même que le « Groupe de négociation sur les services (GNS), se rapportaient à l'organe chargé de superviser les

14. Toutefois, dès le début des négociations des divergences d'interprétation du mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC opposèrent les pays développés et les pays en développement, entre autres, autour de la question de l'inclusion du « règlement des différends » dans cette négociation (1). Finalement, lors de la Conférence à mi-parcours en avril 1989 à Genève, cette controverse a été définitivement réglée (2).

1. La Déclaration de Punta del Este de 1986 et la controverse autour de l'interprétation du mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC

15. La Déclaration de Punta del Este adoptée le 20 septembre 1986 énonçait les mandats des Groupes de négociations. S'agissant du domaine de la propriété intellectuelle, le mandat assigné au Groupe de négociation sur les ADPIC était le suivant :

« Afin de réduire les distorsions et les obstacles qui affectent le commerce international, et compte-tenu de la nécessité de favoriser une protection effective et adéquate des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et procédures visant à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime, les négociations viseront à éclaircir les dispositions de l'Accord général et à élaborer, s'il y a lieu, des règles et disciplines nouvelles.

Les négociations viseront à établir un cadre multilatéral de principes, de règles et de disciplines relatives au commerce international des marchandises de contrefaçon, compte tenu des travaux déjà entrepris au GATT »⁶⁹.

16. Le mandat de négociation formulé ci-dessus semble s'articuler autour de deux objectifs. Le premier objectif vise à éclaircir les dispositions existantes du GATT dont la portée était très limitée dans le domaine de la propriété intellectuelle et en élaborer de nouvelles si nécessaire. Le second objectif devrait essentiellement porter sur la question du

négociations : le « Comité sur les Négociations Commerciales (CNC) ». La représentation des Membres à ce comité était assurée soit par les chefs des délégations soit par les ministres. Sur ce point, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 27 et note de bas de page n°45. Sur le compromis de la Déclaration Ministérielle de Punta del Este, voir B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 134 ; A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay round)", *European Intellectual Property Review*, 1991, vol.13, n°5, p. 157.

⁶⁹ Déclaration Ministérielle sur les Négociations d'Uruguay, GATT, Négociations commerciales multilatérales Négociations d'Uruguay, document MIN.DEC, 20 Septembre 1986, pp. 7-8.

commerce de marchandises de contrefaçon, compte-tenu des travaux déjà entrepris par le groupe d'experts entre le Tokyo Round et la Déclaration de Punta del Este⁷⁰.

17. Cependant, dès le début des négociations, deux positions se sont affrontées quant à l'interprétation du Mandat de Punta del Este. D'un côté, les pays industrialisés ou pays développés, appelant à une approche globale du mandat et, de l'autre côté, les pays en développement appelant une interprétation restrictive de ce mandat⁷¹.

Les premiers ont soutenu, d'entrée de jeu, que la principale mission confiée au Groupe de négociation consistait, non seulement, à élaborer de nouvelles normes et règles pour protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle, mais visait aussi à adopter un mécanisme de règlement des différends⁷². Plusieurs propositions initiales ont été déposées en ce sens, notamment celles déposées par les États-Unis⁷³, la Suisse⁷⁴, la Communauté européenne⁷⁵, le Japon⁷⁶ et les pays nordiques⁷⁷. De même, des propositions détaillées et soigneusement étudiées, ont été déposées par une coalition de groupes industriels américains, européens et japonais⁷⁸, présentées dans un document intitulé « *Basic Framework of GATT Provisions on Intellectual Property, Statement of Views of the European, Japanese and United States Business Communities* »⁷⁹. Pour cette coalition, trois éléments majeurs doivent

⁷⁰ Sur ces travaux, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 22-23.

⁷¹ A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on Trips (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 158.

⁷² A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 432. En fait, les pays développés souhaitaient, comme l'écrit Philippe Vincent, l'établissement d'« *un véritable code sur les droits de la propriété intellectuelle* » (Ph. Vincent, « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », *op.cit.*, p. 506).

⁷³ *Suggestion des États-Unis pour atteindre l'objectif de négociation*, MTN.GNG/NG11/W/14, 20 Octobre 1987, pp. 2-3.

⁷⁴ *Suggestion de la Suisse pour atteindre l'objectif de négociation*, MTN.GNG/NG11/W/15, 26 Octobre 1987.

⁷⁵ *Lignes directrices proposées par la Communauté européenne pour les négociations sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, MTN.GNG/NG11/W/16, 20 novembre 1987, p. 4.

⁷⁶ *Suggestion du Japon pour atteindre l'objectif de négociation*, MTN.GNG/NG11/W/17, 23 novembre 1987, p. 3.

⁷⁷ *Suggestion des pays nordiques pour atteindre l'objectif de négociation*, Document MTN.GNG/NG11/22, 12 février 1988, p. 3.

⁷⁸ Respectivement, il s'agissait de l'IPC, UNICE et Keidanren. L'« Intellectual Property Committee » (créée en Mars 1986) réunit les grandes firmes américaines : Bristol-Myers, CBS, Du Pont, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, and Pfizer. En Europe, l'« Union des industries des pays de la communauté européenne » UNICE. En Japon, par la « Fédération des organisations économiques japonaises » appelée Keidanren. Sur le sujet, voir S. K. Sell, "Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The quest for TRIPS, and post-TRIPS strategies", *op.cit.*, pp. 91-92.

⁷⁹ F. M. Abbott, "Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework", *op.cit.*, p. 716. Le texte du document intitulé "*Basic Framework of GATT Provisions on Intellectual Property, Statement of Views of the European, Japanese and United States Business Communities*" est repris dans son intégralité en annexe de l'ouvrage de F.-K. Beier & J.G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO ? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for

être inclus dans le futur accord sur les ADPIC, à savoir des moyens efficaces pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle ; des normes fondamentales pour protéger les droits de propriété intellectuelle ; et enfin un cadre multilatéral de consultation et de règlement des différends⁸⁰.

En revanche, les pays en développement ont adopté une stratégie essentiellement défensive⁸¹. Ils ont en effet essayé de limiter les négociations à la clarification des règles et dispositions du GATT relatives à la propriété intellectuelle ainsi qu'à l'adoption de mesures visant à lutter contre le commerce des produits de contrefaçon⁸².

18. Cette divergence d'interprétation du mandat de Punta del Este entre les pays industrialisés et les pays en développement n'est pas une surprise. Comme l'écrit le professeur Carlos Alberto Primo Braga, le texte de la Déclaration ministérielle de Punta del Este représente un chef-d'œuvre de compromis diplomatique et, par conséquent, permet de nombreuses interprétations⁸³.

19. Dans ce cadre imprécis, les controverses entre les deux camps ont ainsi empêché tout progrès dans les négociations dans le domaine des ADPIC⁸⁴. Cette situation a duré et ne s'est débloquée qu'à la Conférence à mi-parcours de Genève de 1989 lors de laquelle le mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC a pu être clarifié.

Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, pp. 353-402.

⁸⁰ A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, pp. 440-441. Pour autant, l'industrie est consciente que le "GATT is not a miracle cure", mais convaincue que le GATT est bien meilleur que l'OMPI malgré l'effort fourni par cette dernière. Voir F. Kretschmer, "The Present Position of the US., Japanese and European Industry", in F.-K. Beier and G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO ? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, p. 96.

⁸¹ Dans la mesure en effet où ce sont les pays industrialisés qui cherchent à améliorer la protection des droits de propriété intellectuelle. Voir A. Howard & J. Reinbothe, "The State of Play in the Negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 158.

⁸² A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 432 ; A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 158. Voir également C.A.P. Braga, "The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol.22, pp. 249-250 ; Ph. Vincent, « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », *op.cit.*, p. 506.

⁸³ C. A. P. Braga, "The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South", *op.cit.*, p. 248. En effet, le compromis de Punta del Este est le résultat de nombreuses tractations précédant le lancement des négociations. Les termes restreints utilisés dans les paragraphes mentionnés en haut démontrent d'ailleurs la difficulté d'amener les parties contractantes à accepter de placer cette nouvelle matière à l'ordre du jour. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 26.

⁸⁴ C. A. P. Braga, "The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South", *op.cit.*, pp. 251-252.

2. La Conférence à mi-parcours de Genève de 1989 et la clarification du mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC incluant explicitement la question du règlement des différends

20. Deux ans plus tard, après la Déclaration de Punta del Este de 1986, les Ministres se sont de nouveau réunis en décembre 1988 à Montréal⁸⁵, pour ce qui devait être une évaluation des progrès accomplis à mi-parcours des négociations⁸⁶. Cependant, les discussions ont conduit à une impasse⁸⁷ qui a duré jusqu'au moment où les hauts fonctionnaires se sont retrouvés en avril de l'année suivante à Genève⁸⁸ pour débattre plus sereinement. Cette nouvelle conférence fut, en effet, nécessaire pour parvenir à un autre compromis qui clarifiera le mandat de négociation dans le domaine des ADPIC⁸⁹.

21. Lors de la réunion du Comité des négociations commerciales (CNC) du GATT⁹⁰, les ministres reconnaissaient qu'il est important que les négociations multilatérales engagées à Punta del Este sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon, réussissent⁹¹. Dans ce contexte, ils ont convenu que les négociations sur ce sujet devaient se poursuivre dans le cadre de l'Uruguay Round et devaient englober les questions suivantes : « a) *l'application des principes fondamentaux de l'accord général et des accords ou conventions internationaux pertinents en matière de propriété intellectuelle ; b) l'élaboration de normes et principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ; c) l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelles qui touche au commerce, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques nationaux ; d) l'élaboration de procédures efficaces et rapides pour la prévention et le règlement, au plan multilatéral, des différends entre gouvernements, y compris l'applicabilité des procédures du GATT ; e) dispositions*

⁸⁵ Précisément du 5 au 9 décembre 1988.

⁸⁶ R. W. Kastenmeier & D. Beier, "International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality", *op.cit.*, p. 292.

⁸⁷ En effet, aucun consensus n'a été dégagé dans quatre domaines. Il s'agit de l'agriculture, des sauvegardes, des textiles et des ADPIC. Voir A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 432.

⁸⁸ Précisément du 5 au 8 avril 1989.

⁸⁹ G. E. Evans, "Intellectual Property as a Trade Issue-The Making of the Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property rights", *op.cit.*, p. 169 ; A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 158.

⁹⁰ Organe qui est chargé de superviser les négociations qui se déroulent au sein des Groupes de négociations sur les services (GNS) et sur les marchandises (GNM). C'est ce dernier groupe, rappelons-le, qui comprend le Groupe de négociation sur les ADPIC.

⁹¹ *Négociations d'Uruguay - Comité des négociations commerciales - Réunion à mi-parcours - [Effectué à Montréal du 5 au 9 décembre 1988 et à Genève du 5 au 8 avril 1989]*, document MTN.TNC/11, 21 avril 1989, p. 22, point 1.

transitoires visant à ce que la participation aux résultats des négociations soit la plus complète »⁹².

22. Ainsi, le mandat de Punta del Este est clarifié et précisé en y incluant explicitement de nouvelles questions parmi lesquelles figure la question relative au règlement des différends. Ce volet fait désormais partie des objectifs assignés au Groupe de négociation sur les ADPIC⁹³.

23. Un facteur connexe ayant façonné ce compromis était le renforcement en 1988 (soit pendant la négociation de l'Uruguay Round) du système américain de sanctions commerciales, par l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act*⁹⁴. En effet, tout un ensemble de contre-mesures est mis en place, à savoir la Section 301 du Trade Act de 1974 dans sa nouvelle version auxquelles s'ajoutèrent deux nouvelles variantes surnommées le Super 301 et le Spécial 301 (qui vise spécifiquement les pratiques touchant aux droits de propriété intellectuelle)⁹⁵. Cette prise de position envoyait aux partenaires commerciaux des États-Unis un signal fort de sa détermination à inclure la protection de la propriété intellectuelle dans le

⁹² *Ibid*, p. 22, point 4. Caractères gras ajoutés.

⁹³ En ce sens, F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, p. 1374.

⁹⁴ Cette loi a été promulguée par le Président Reagan, le 23 août 1988. Voir C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *op.cit.*, p. 234 ; J.J. Simons, "Cooperation and Coercion: The Protection of Intellectual Property in Developing Countries", *Bond Law Review*, 1999, vol.11, issue1, Article 5, p. 68, en ligne : <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=blr> (consulté le 26 janvier 2017). Sur les apports de cette loi, voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, *op.cit.*, pp. 218-233.

⁹⁵ E. Zoller, « Guerre commerciale et droit international : Réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence », *Annuaire Français de Droit International*, 1989, vol.35, p. 67. Brièvement, le Special 301 impose à l'USTR d'identifier les pays qui n'assurent pas une protection suffisante des droits de propriété intellectuelle. Plus précisément, il a pour responsabilité d'identifier les pays étrangers prioritaires (*Priority Foreign Countries*), qui dénie aux ressortissants américains, soit une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle, soit un accès équitable à leur marché intérieur. Sur une base annuelle, l'USTR tient deux listes de pays dont les actes, les politiques ou les pratiques affectent le plus les produits américains : la *liste de surveillance prioritaire (Priority Watch List)* et la *liste de surveillance (Watch List)*. Les pays identifiés dans la première liste sont ceux dont la faible protection des droits de propriété intellectuelle semble la plus déloyale. La deuxième liste cible plutôt les pays dont le niveau de protection est jugé insatisfaisant, mais généralement moins déficient que ceux identifiés par la première liste de surveillance prioritaire. Pour ne pas passer de la *liste de surveillance* à la *liste de surveillance prioritaire*, les pays visés doivent améliorer leur protection dans le sens souhaité par l'USTR ou engager des négociations avec les États-Unis. Si le pays en question ne réagit toujours pas, l'USTR a l'obligation d'imposer des représailles, comme l'annulation d'une réduction de tarifs douaniers ou un autre régime de faveur consenti à l'État coupable. Sur cette question, voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, *op. cit.*, pp. 127-128 ; V. S. Lewinski, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 485 ; M. Getlan, "TRIPS and the Future of Section 301: A Comparative Study in Trade Dispute Resolution", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1995, vol.34, pp. 182-184 ; J.J. Simons, "Cooperation and Coercion: The Protection of Intellectual Property in Developing Countries", *op.cit.*, pp. 71-72 ; B. Coriat, « Du « super 301 » aux TRIPS : la « vocation impériale » du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'Économie Industrielle*, 2002, n°99, p.183. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.persee.fr/doc/rei_0154-3229_2002_num_99_1_3025 (consulté le 26 janvier 2017).

système commercial international⁹⁶. En clair, en l'absence d'un système multilatéral de protection de la propriété intellectuelle, les partenaires des États-Unis seraient placés dans le collimateur de l'United States Trade Representative (USTR)⁹⁷. Deux cibles privilégiés furent choisies par l'Administration américaine : le Brésil et l'Inde soit les deux principaux opposants à l'idée d'intégration de la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT⁹⁸. Le but est de pousser ces pays à la table de négociations dans le cadre du GATT⁹⁹ ; leur signaler qu'ils n'avaient plus le choix entre le GATT et l'OMPI, mais entre le GATT et les pressions unilatérales des États-Unis via la Spécial 301¹⁰⁰. Les négociations sur les ADPIC relatives au règlement des différends doivent donc être considérées dans ce contexte.

B. De la Conférence à mi-parcours de Genève à la clôture de l'Uruguay Round : les évolutions de la négociation sur les ADPIC relative au règlement des différends

24. Lors de la Conférence à mi-parcours de Genève de 1989, le mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC, a été clarifié et précisé s'agissant notamment de la question

⁹⁶ M. L. Doane, "TRIPS and international intellectual property protection in an age of advancing technology", *op. cit.*, p. 472 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁷ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op. cit.*, p. 18. À ce propos, le Professeur Elisabeth Zoller note que cette Loi *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* marque une étape juridique importante dans la construction d'une économie mondiale. L'auteur constate que le contenu de la Loi apparaît comme « une sorte de « Bill of Rights » économique au profit d'un seul État. Elle est une déclaration unilatérale des droits de la première puissance mondiale ; droits qui, réduits à l'essentiel, sont celui de « mener le monde » et celui de défendre les intérêts américaines dans le contexte de « cette nouvelle économie globale dans laquelle le commerce, le développement technologique, l'investissement et les services forment un système intégré » (E. Zoller, « Guerre commerciale et droit international : Réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence », *op. cit.*, pp. 66-67). À cet égard, il est opportun d'en citer l'article 1001 (a) (6) de cette Loi qui illustre bien la mentalité dominante aux États-Unis. En effet, l'article 1001 (a) (6) dispose que : « si les États-Unis ne sont pas en mesure d'imposer une politique économique au reste du monde, les États-Unis sont en mesure de mener le monde et il est dans l'intérêt national des États-Unis de le faire » (voir S.V. Lewinski, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, pp. 482- 491).

⁹⁸ W.A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op. cit.*, p. 540 ; F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op. cit.*, p. 1353. Comme l'explique Frank Emmert, "both countries are relatively content with the situation as it is. On the one hand, they have the largest pirating industries in the world and very low levels of IP protection, especially for foreigners. On the other hand, most of their import tariffs are not yet under any international bindings. Both countries seem to fear that a new MTN could only be to their disadvantage" (*ibid*).

⁹⁹ Le Brésil a subi des sanctions commerciales. À ce sujet, voir A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op. cit.*, pp. 433-434 ; I. L. Knapp, "The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral Trade Policy despite the Multilateral TRIPs Enforcement Framework ?", *op. cit.*, p. 190 ; S. K. Sell, "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *op. cit.*, p. 778 ; M. Getlan, "TRIPS and the Future of section 301: A Comparative Study in Trade Dispute Resolution", *op. cit.*, pp. 185- 191.

¹⁰⁰ En ce sens, M.P. Ryan, "The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Summer 1998, vol. 19, p. 566 ; S. K. Sell, "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *op. cit.*, p. 779.

relative au règlement des différends. Désormais, ce volet fait bel et bien partie des questions importantes qui entrent dans le mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC. La problématique est désormais différente, il ne s'agit plus de savoir si la question du règlement des différends devait être visée par le futur accord, mais plutôt de savoir si elle devait être reliée ou pas au système de règlement des différends du GATT¹⁰¹.

25. À cet égard, l'année 1990 a été enrichissante en termes de proposition dans le domaine des ADPIC sur la question du règlement des différends. Il importe dès lors, de connaître, les premières propositions des principaux acteurs sur cette question (1) et l'évolution de cette négociation au cours du Cycle de l'Uruguay Round jusqu'à sa clôture en avril 1994 (2).

1. Les premières propositions en matière de règlement des différends dans le cadre du futur accord sur les ADPIC

26. Entre les mois de mars et mai de 1990, cinq projets de texte au sujet des ADPIC ont été présentés, respectivement par les Communautés européennes¹⁰², les États-Unis¹⁰³, la Suisse¹⁰⁴, le Japon¹⁰⁵ et un groupe de pays en développement¹⁰⁶.

S'agissant de la question du règlement des différends, les Communautés européennes¹⁰⁷ et la Suisse¹⁰⁸ ont toutes deux évoqué dans leur projet respectif le système de règlement des

¹⁰¹ En ce sens, D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 38.

¹⁰² *Projet d'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Communication des Communautés européennes, MTN.GNG/NG11/W/68, 29 mars 1990.

¹⁰³ *Projet d'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - Communication des États-Unis*, MTN.GNG/NG11/W/70, 11 mai 1990.

¹⁰⁴ *Projet de modification de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce concernant la protection des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - Communication de la Suisse*, MTN.GNG/NG11/W/73, 14 Mai 1990.

¹⁰⁵ *Principaux éléments d'un texte juridique pour les TRIP - Communication du Japon*, MTN.GNG/NG11/W/74, 15 Mai 1990.

¹⁰⁶ Précisément, c'était un groupe de douze pays en développement : l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Chine, la Colombie, le Cuba, l'Égypte, l'Inde, le Niger, le Pérou, la Tanzanie, et l'Uruguay. Voir le document MTN.GNG/NG11/W/71, 14 Mai 1990. Deux autres pays en développement, le Pakistan et le Zimbabwe, se sont joints à ce groupe de douze pays. Ce qui deviendra la proposition des pays en développement. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 32.

¹⁰⁷ Le *Projet d'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle* déposé par la Communauté européenne dispose en son article 8, intitulé "Règlement des différends" comme suit : « [d]ans le domaine des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce couverts par la présente annexe, les parties contractantes conviennent de se conformer entre elles aux règles et procédures de règlement des différends fixées par l'Accord général, ainsi qu'aux recommandations et décisions des PARTIES CONTRACTANTES, et de ne pas recourir à l'égard des autres parties contractantes à des mesures économiques unilatérales de quelque nature qu'elles soient. Elles s'engagent en outre à modifier et à administrer leur législation nationale et leurs procédures y afférentes de manière que toutes les mesures arrêtées sous leur empire soient conformes à l'engagement susvisé » (Communication des Communautés européennes, document précité, MTN.GNG/NG11/W/68, p. 22).

différends du GATT de 1974 comme moyen de résoudre les différends sur les ADPIC¹⁰⁹. Dans leur communication, les États-Unis ont fait savoir qu'ils appuyaient les propositions des Communautés européennes concernant, entre autres, le règlement des différends¹¹⁰. Le Japon a aussi appelé, dans son projet de texte, aux procédures de règlement des différends, mais sans entrer dans la précision¹¹¹.

Quant à la proposition des pays en développement, elle ne contient aucune référence aux procédures de règlement des différends du GATT¹¹². En fait, s'ils ont consenti à introduire dans l'Accord sur les ADPIC des dispositions concernant le règlement des différends, ils ont voulu, toutefois, exclure les droits de propriété intellectuelle du champ d'application du système de règlement des différends du GATT¹¹³. En effet, leur proposition à cet égard se limitait à des consultations¹¹⁴ et à d'autres moyens non contraignants de règlement tels que les bons offices, la conciliation, la médiation et l'arbitrage¹¹⁵. Ces pays ont aussi insisté pour

¹⁰⁸ L'article 502, intitulé « règlement des différends », dispose que : « 1) Les différends qui surviennent en rapport avec la présente PARTIE seront réglés sur la base des articles XXII et XXIII et conformément à l'instrument codifié [nom de l'instrument], 2) Le non-respect des obligations découlant de la présente PARTIE sera réputé avoir pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages et des bénéfices résultant de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. 3) Les PARTIES s'abstiendront de prendre à l'égard d'une autre PARTIE des mesures autres que celles qui sont prévues par les règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce en matière de règlement des différends » (Communication de la suisse, document précité, MTN.GNG/NG11/W/73, p. 30).

¹⁰⁹ Voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 661.

¹¹⁰ Communication des États-Unis, document précité, MTN.GNG/NG11/W/70, p. 22. Le Professeur Daniel Gervais fait observer que les États Unis ont suivi étroitement la structure de la proposition déposée par les Communautés européennes. La similitude des textes s'expliquait du fait que ceux-ci étaient rédigés par un expert engagé par un consortium de lobbies industriels américains, européens et japonais. L'expert était Maître Jacques Gorlin. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 32.

¹¹¹ Voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 661. En effet, le paragraphe 6 de la proposition japonaise intitulé « Consultation, règlement des différends », dispose que : « le libellé des règles et procédures pour les consultations et le règlement des différends reste à préciser, mais il faudra prévoir en tout cas l'interdiction de recourir à des mesures unilatérales. Il est suggéré de donner à des dispositions en ce sens la teneur suivante : "Un Participant ne suspendra pas ni ne menacera de suspendre l'exécution de ses obligations découlant du présent accord sans se conformer aux procédures de règlement des différends énoncées dans la présente section".]» (Communication du Japon, document précité, MTN.GNG/NG11/W/74, 15 Mai 1990, p. 4).

¹¹² Voir UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 661.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ La communication de ces pays contient un Chapitre IX, intitulé « règlement des différends », lequel contient à son tour trois articles : l'article 19 (consultations), l'article 20 (autres moyens de règlements) et l'article 21 (non recours à des mesures unilatérales). L'article 19 dispose qu'« en cas de différend concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition du présent accord, une Partie pourra porter l'affaire à l'attention d'une autre Partie et lui demander de se prêter à des consultations. 2) La Partie à laquelle la demande a été adressée se prêtera rapidement aux consultations demandées. 3) Les Parties qui ont engagé des consultations s'efforceront d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante du différend dans un délai raisonnable » (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, document précité, MTN.GNG/NG11/W/71, p. 14).

¹¹⁵ L'article 20 dispose que « si une solution mutuellement satisfaisante n'intervient pas dans un délai raisonnable par la voie des consultations visées à l'article 19, les Parties au différend pourront convenir de recourir à d'autres moyens tels que bons offices, conciliation, médiation et arbitrage, en vue d'arriver à un règlement à l'amiable » (Communication présentée par l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Chine, la Colombie,

que les États industrialisés renoncent aux sanctions commerciales unilatérales pour faire respecter les droits de la propriété intellectuelle¹¹⁶.

27. En somme, ces propositions expriment à l'évidence des attentes très diverses, sinon antagoniques entre les pays développés et les pays en développement. Il est clair que les uns et les autres tiennent des propos qui sont conformes à leur position et à leur intérêt. Pour les pays développés, qui faisaient prévaloir l'application des règles du GATT au règlement des différends, il s'agissait d'assurer le respect effectif des droits de la propriété intellectuelle afin de protéger leurs industries et de disposer de moyens légaux pour mettre un terme, le cas échéant, aux activités commerciales déloyales. Pour les pays en développement, l'objectif était d'avoir un système de règlement de différend le plus souple possible et de rendre surtout illicites les mesures unilatérales prises, notamment par les États-Unis, à leur encontre pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle¹¹⁷.

2. L'évolution de la négociation sur le règlement des différends dans le cadre du futur accord sur les ADPIC

28. Dans une étape très délicate de négociations, les propositions contenant les projets de textes sur les ADPIC ont été toutes réunies en un seul document par le Président du Groupe de négociation sur les ADPIC, l'ambassadeur de Suède Lars E.R. Anell, avec l'aide du Secrétariat¹¹⁸.

Distribué aux négociateurs le 12 juin 1990 avec l'assentiment du président, le document est devenu officiel le 23 juillet de la même année, sous le titre « *Rapport du Président au Groupe de négociation sur les marchandises* »¹¹⁹, appelé par certains « *Projet Anell* »¹²⁰. Le but du Rapport du Président était simple : donner une présentation la plus claire possible de l'état des négociations sur les ADPIC afin de les conduire jusqu'à la fin¹²¹. D'ailleurs, une

Cuba, l'Égypte, l'Inde, le Nigéria, le Pérou, la Tanzanie et l'Uruguay, document précité, MTN.GNG/NG11/W/71, p. 14).

¹¹⁶ L'article 21 dispose que comme suite : « *les Parties s'abstiendront de recourir ou de menacer de recourir à l'égard des autres Parties à des mesures unilatérales de quelque type que ce soit pour faire respecter des droits de propriété intellectuelle* » (*ibid*).

¹¹⁷ O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p. 87.

¹¹⁸ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 33-34.

¹¹⁹ *Rapport du Président au GNM, État d'avancement des travaux du Groupe de négociation*, MTN.GNG/NG11/W/76, 23 juillet 1990. Voir également, D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 33-34.

¹²⁰ Voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. xiii.

¹²¹ En ce sens, G. E. Evans, "Intellectual Property as a Trade Issue-The Making of the Agreement on Trade – Related Aspect of Intellectual Property Rights", *op.cit.*, p. 171. Voir également D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 34.

série intensive de discussions formelles et informelles s'en est suivie dans le reste de l'année 1990 et le rôle joué à cet égard par le Président Anell n'y était pas étranger. De grands progrès ont, d'ailleurs, été accomplis en ce qui concerne l'établissement des normes minimales dans tous les domaines de la propriété intellectuelle¹²². Toutefois, en ce qui concerne la négociation sur le règlement des différends, aucune avancée n'a été réalisée. D'ailleurs, l'ébauche d'accord sur les ADPIC lorsqu'elle a été présentée dans le « *Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay* »¹²³, à la Conférence ministérielle de Bruxelles en décembre 1990¹²⁴, appelé par certains « *Projet de Bruxelles* »¹²⁵, reflétait encore cette divergence sur la question relative au règlement des différends¹²⁶. En effet, en annexe, le projet de texte sur les ADPIC, contenait en matière de règlement des différends trois différents textes destinés à indiquer les possibles options offertes aux négociateurs¹²⁷.

29. Schématiquement, une de ces propositions préconisait l'application telles quelles des procédures de règlement des différends du GATT qui résulteraient des négociations du Cycle d'Uruguay¹²⁸. Une autre envisageait un mécanisme de règlement des différends distinct et simplifié, qui ne reprendrait pas les termes de l'article XXIII du GATT pour décrire les éventuels motifs d'action mais prévoirait plutôt des procédures applicables « *lorsqu'un différend surgirait au sujet de l'interprétation ou de la mise en œuvre du présent accord (...)* »¹²⁹. La troisième option était censée être une proposition de compromis. Elle préconisait l'application des règles du GATT en matière de règlement des différends qui résulteraient du Cycle d'Uruguay, et de certaines dispositions spécifiques concernant les différends relatifs aux ADPIC ; ces dernières prévoyaient une étape de conciliation, médiation et bons offices, une liste d'experts spécialisés dans les questions de propriété intellectuelle et

¹²² Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 35-38.

¹²³ *Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round – Révision*, MTN.TNC/W/35/Rev.1 du 3 décembre 1990.

¹²⁴ La Conférence des ministres en Bruxelles tenue du 3 au 7 décembre 1990.

¹²⁵ Voir Amy S. Dwyer, "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" *op.cit.*, p. 484 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. xiii-xiv.

¹²⁶ *Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round*, MTN.TNC/W/35/Rev.1 du 3 décembre 1990, p. 246.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 246-248. Les trois textes sont repris dans l'annexe I.

¹²⁸ Texte III. Voir OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, 28 janvier 1999, p. 6, § 12.

¹²⁹ Texte II. Voir OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 6, § 12.

des procédures spéciales concernant l'éventuelle autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations¹³⁰.

30. En réalité, si aucun avancement n'a été réalisé en matière de règlement des différends, c'est parce que cette question a été volontairement laissée de côté¹³¹. Elle faisait en effet partie des questions en suspens qui ne pouvaient être réglées qu'à la lumière de la décision sur les aspects institutionnels de la mise en œuvre au plan international des résultats des négociations dans le domaine des ADPIC¹³². Mais, en décembre 1991, il était devenu manifeste que le moyen de régler cette question en ce qui concernait l'ensemble du Cycle d'Uruguay serait probablement de créer une nouvelle organisation, (qui sera appelée Organisation multilatérale du commerce), et d'instituer un mécanisme de règlement des différends intégré qui s'appliquerait à tous les différends soulevés dans le cadre de cette organisation¹³³.

31. Le « *projet d'Acte final reprenant les résultats du Cycle d'Uruguay des négociations commerciales multilatérales* » (dans lequel figurait aussi le texte du projet d'accord sur les ADPIC) établi par le Directeur générale du GATT, M. Arthur Dunkel, et présenté aux participants à Genève le 20 décembre 1991¹³⁴, a retenu cette solution (ci-après

¹³⁰ Texte I. Voir OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 6, § 12. Cette proposition nous rappelle celle émise par Jan D'Alessandro en 1987. L'auteur écrivait que le mécanisme de résolution GATT ne peut pas être sensible aux aspects techniques de litiges de propriété intellectuelle. La méthode la plus efficace et généralement acceptée de règlement des différends est d'utiliser les avantages combinés du GATT et de l'OMPI (voir J. D'Alessandro, "A Trade-Based Response to Intellectual Property Piracy: A Comprehensive Plan to Aid the Motion Picture Industry", *Georgetown Law Journal*, 1987, vol.76, p. 459. La même solution a été avancée plus tard par Willard Alonzo Stanback. Ce dernier a étudié minutieusement les deux solutions, à savoir celles de l'OMPI et du GATT, avancées respectivement par les pays en développement et les pays développés et conclut qu'aucun de ces deux forums n'est approprié pour résoudre les problèmes relatifs à la protection de la propriété intellectuelle. En effet, selon l'auteur, le mécanisme de règlement des différends du GATT ne semble pas avoir le niveau d'expertise requis dans ce domaine pour lui permettre de prendre les décisions nécessaires. Quant à l'OMPI, si elle semblait bien connaître le domaine de la propriété intellectuelle, elle n'avait cependant pas de mécanisme propre de règlement des différends pour aborder les problèmes de la protection insatisfaisante de la propriété intellectuelle. Par conséquent, l'auteur préconise une autre approche car il estime que les forums du GATT et de l'OMPI ont des caractéristiques qui pourraient contribuer à une solution appropriée. Concrètement, il s'agit de combiner les attributs positifs des deux forums pour obtenir un forum hybride ou modelé, basé sur un mécanisme de résolution des différends dans le cadre du GATT et l'expertise spécialisée de l'OMPI. Par ailleurs, l'auteur soutient que la structure du nouveau forum peut être similaire à celle d'autres Cours internationales ou peut être constituée d'un groupe d'arbitres (W. A. Stanback, "International Intellectual Property Protection: An Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem", *op.cit.*, pp. 549-560).

¹³¹ OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 7, § 13.

¹³² *Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round*, MTN.TNC/W/35/Rev.1, p. 208. Les autres questions concernent les dispositions finales sur des points tels que l'acceptation et l'accession, le dépôt, le retrait, la non-application et les réserves (*ibid.*).

¹³³ OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 7, §13.

¹³⁴ *Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round*, MTN.TNC /W/ FA, 20 décembre 1991.

« Projet Dunkel)¹³⁵. Le texte de la disposition relative au règlement des différends qui figurait à l'article 64 du projet de texte sur les ADPIC disposait comme suit :

« *Les dispositions des articles XXII et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et le Mémoire d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends au titre des articles XXII et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce tel qu'il a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord sauf disposition contraire expresse de ce dernier* »¹³⁶.

32. En somme, c'est bien l'option reflétant l'opinion des pays industrialisés qui a été finalement retenue¹³⁷. On notera également que la référence expresse à des mesures unilatérales (faites notamment par les PED), incluse dans le Projet de Bruxelles, était totalement absente dans le Projet Dunkel¹³⁸. À vrai dire, les préoccupations des PED quant aux mesures commerciales unilatérales pratiquées par les pays industrialisés (et notamment à l'usage de la Section 301 et de la Section Spécial 301 de la loi américaine sur le commerce) ont été vraisemblablement prises en compte dans le texte du Mémoire d'accord (plus particulièrement à l'article 23)¹³⁹.

33. Finalement, ce texte du projet de l'Accord sur les ADPIC tel qu'il figure dans le Projet Dunkel n'a subi ni modifications ni rajout dans l'« *Acte final reprenant les négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay* », paraphé le 15 décembre 1993 à Genève et signé le 15 avril 1994 à Marrakech (Maroc). Il est en substance resté identique à l'actuel alinéa 1 de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁰.

¹³⁵ Monsieur Dunkel a été le Directeur général du GATT de 1980 à 1993. C'est pourquoi, le « *projet d'Acte final reprenant les résultats du Cycle d'Uruguay des négociations commerciales multilatérales* » est souvent appelé « Projet Dunkel ». Voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. xiv.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 86. Toutefois, étant donné que les travaux sur l'élaboration d'un Mémoire d'accord sur le règlement des différends intégré étaient encore en cours d'élaboration, une note de bas de page a été insérée, qui disposait que la disposition citée plus haut « *devra peut-être être révisée en fonction des résultats des travaux relatifs à l'établissement d'un mémorandum d'accord sur le règlement des différends intégré au titre de l'Accord établissant l'Organisation multilatérale du commerce* » (OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 7, § 13).

¹³⁷ A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 464. Pour les pays industrialisés, cette option tient de la logique selon laquelle il n'y aurait aucun sens d'adopter un tel accord et puis de laisser le soin aux pays Membres de s'y conformer volontairement. Voir UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 663.

¹³⁸ Voir UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 663.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 7, § 13.

II. Le résultat final des négociations : l'application du nouveau système de règlement des différends de l'OMC aux différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC

34. L'Accord sur les ADPIC reconnaît dans son article 64:1 l'application aux différends découlant de son cadre du nouveau système de règlement des différends de l'OMC. En effet, les négociations du Cycle d'Uruguay ont également permis d'améliorer et de renforcer considérablement les anciennes procédures du règlement des différends du GATT de 1974¹⁴¹. C'est ce que Rochelle Cooper Dreyfuss et Andreas F. Lowenfeld mettent en avant dans leur article "*Two achievements of the Uruguay round: putting TRIPS and dispute settlement together*"¹⁴².

35. Les nouvelles règles et procédures prennent désormais appui sur un accord spécifique annexé à l'Accord sur l'OMC : le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après, Mémoire d'accord)¹⁴³. L'administration des règles et procédures de ce Mémoire est confiée à un nouvel organe : l'Organe de règlement des différends (ORD)¹⁴⁴. Ce nouveau Mémoire d'accord renforce profondément les règles et pratiques du GATT en matière de règlement des différends. Il met fin à un système fragmenté et peu contraignant, au bénéfice d'un système de règlement des

¹⁴¹ En effet, la procédure de règlement des différends applicable dans le cadre du GATT avait été abondamment critiquée tant en raison de sa lenteur que du degré d'efficacité de son fonctionnement. Après une montée notable précédemment évoquée, la procédure de règlement va être profondément affectée, notamment à partir des années 80, par des dysfonctionnements sérieux et préoccupants qui vont convaincre de la nécessité de sa réforme. Les objections formulées à l'encontre de la procédure du GATT visent principalement : le manque de compétence et de neutralité des Groupes spéciaux, le manque d'automatisme dans leur mise en place et les décisions par consensus positif qui permettent à la partie perdante de faire blocage et s'opposer au recours à un groupe spécial, et même à l'adoption du rapport du groupe spécial. Les faiblesses internes du système sont discutées dans une abondante littérature, voir entre autres W. J. Davey, "Dispute Settlement in GATT", *Fordham International Law*, 1987, vol.11, issue 1, pp. 81-90, en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=ilj> (consulté le 26 janvier 2017) ; R. E. Hudec, "The New WTO Dispute Settlement Procedure: an Overview of the First Three Years", *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1999, vol.8, issue 1, pp. 9-15 ; M. Ferchichi, *L'Uruguay Round et le règlement des différends commerciaux interétatiques*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, soutenue en novembre 1996, pp. 47-48.

¹⁴² R. C. Dreyfuss & A. F. Lowenfeld, "Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together", *Virginia Journal of International Law Association*, Winter 1997, vol.37, pp. 276-277.

¹⁴³ C'est l'Annexe II de l'Accord sur l'OMC. Le texte comporte 27 articles et 4 appendices qui précisent et modifient les règles et procédures établies dans le cadre des articles XXII et XXIII du GATT de 1947. Le document est disponible sur le site de l'OMC. L'accord est d'ailleurs présenté comme l'un des plus importants de ceux qui ont été négociés pendant le Cycle d'Uruguay. Voir B. Wilson, « Le système de règlement des différends de l'OMC et son fonctionnement : Un bref aperçu des dix premières années », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 15.

¹⁴⁴ L'article 2:1 du Mémoire d'accord. L'ORD est une émanation du Conseil général de l'OMC, composé de tous les Membres de l'OMC. Voir P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n°3, p. 34.

différends intégré et contraignant¹⁴⁵ qui s'applique à l'ensemble des « accords visés » faisant partie de l'Accord sur l'OMC¹⁴⁶. Les Accords visés par le Mémoire d'accord sont mentionnés dans son l'Appendice 1. Cette liste comprend : l'Accord sur l'OMC lui-même, les Accords commerciaux multilatéraux (plus exactement, les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (GATT de 1994), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les ADPIC et le Mémoire d'Accord) et les Accords commerciaux plurilatéraux¹⁴⁷. Aucun Membre ne peut donc se soustraire à la compétence de l'ORD si une plainte est déposée contre lui. Tous les Membres de l'OMC y sont en effet assujettis, dans la mesure où ils ont tous signé et ratifié l'Accord sur l'OMC en tant qu'engagement unique¹⁴⁸.

36. Entré en vigueur en même temps que l'Accord sur l'OMC le 1^{er} janvier 1995, le Mémoire d'accord constitue en tant que tel la clé de voûte du nouveau dispositif commercial multilatéral, dont fait partie l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁹. Il doit en garantir la sécurité et la prévisibilité¹⁵⁰, permettre un règlement efficace et rapide des litiges en vue du maintien d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres¹⁵¹ et prémunir ses Membres contre toute tentation d'unilatéralisme¹⁵². En effet, sous l'intitulé « *Renforcement du système multilatéral* », l'article 23 du Mémoire d'accord oblige les Membres de l'OMC, qui réclament la réparation de la violation de l'une des obligations de l'Accord sur les ADPIC ou d'une autre obligation prescrite par l'OMC, de recourir aux règles et procédures multilatérales de ce Mémoire d'accord et de respecter celles-ci au regard de la décision

¹⁴⁵ O. Blin, *L'Organisation mondiale du commerce*, Coll. « Mise au point », Paris, ellipses, 1999, pp. 65-68.

¹⁴⁶ Sous réserve des exclusions et précisions qui résultent de l'article premier du Mémoire d'accord.

¹⁴⁷ Toutefois, l'applicabilité du Mémoire à ces derniers accords (qui ne sont d'ailleurs plus que deux accords depuis le 1^{er} janvier 1998, à savoir les Accords sur les marchés publics et les aéronefs civils) est subordonnée à l'adoption par les parties à chacun de ces accords et d'une décision établissant les modalités d'application du Mémoire d'Accord à l'accord en question. Voir l'Appendice 1 du Mémoire d'accord.

¹⁴⁸ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 1: Introduction au système de règlement des différends de l'OMC*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c1s3p3_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). En vertu de l'engagement unique, les signataires ont accepté l'Accord sur l'OMC et ses annexes (1, 2 et 3) - dénommés Accords commerciaux multilatéraux- en bloc dans leur intégralité (exception faite des Accords figurant à l'Annexe 4 connus sous le nom d'accords plurilatéraux dont l'acceptation est optionnelle). Les Accords commerciaux multilatéraux sont : les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (Annexe 1A), l'Accord générale sur le commerce des services (Annexe 1 B), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Annexe 1C), le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Annexe 2) et le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (Annexe 3). Ces divers accords font partie intégrante de l'Accord instituant l'OMC et sont contraignants pour les Membres de l'OMC. Voir l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC.

¹⁴⁹ B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 147.

¹⁵⁰ L'objectif a été de faire du nouveau mécanisme de règlement « *un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral* » (article 3:2 du Mémoire d'accord).

¹⁵¹ L'article 3:2 du Mémoire d'accord.

¹⁵² M.-L. Mchanetzki, « Le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Faut-il réformer l'ORD », *Notes Bleues de Bercy*, janvier 2000, n°175. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb175/regle.htm (consulté le 12 janvier 2013).

rendue¹⁵³. Désormais, l'auto-qualification par les Membres de la violation de leurs droits est interdite et la prise de contre-mesures par ceux-ci n'est légale que si elles sont préalablement autorisées par l'ORD¹⁵⁴. L'article 23 du Mémoire d'accord peut être considéré comme répondant aux préoccupations des pays en développement au sujet des mesures unilatérales¹⁵⁵. Cette disposition contraignante est encore renforcée par l'article 16:4 de l'Accord sur l'OMC, qui pose le principe de la mise en conformité des législations nationales avec toutes les obligations multilatérales énoncées dans les accords couverts par l'OMC¹⁵⁶. À cet égard, les États-Unis se sont engagés à ne pas employer leur dispositif de contre-mesures (*Spécial 301 de l'Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988) qu'en conformité aux règles de l'OMC et de l'aménager en conséquence¹⁵⁷. À ce titre, la politique commerciale américaine serait ainsi passée d'un « unilatéralisme agressif » à un « multilatéralisme agressif »¹⁵⁸.

¹⁵³ L'article 23:1 du Mémoire d'accord stipule que « lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés (Accords de l'OMC), ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent Mémoire d'accord ». Le Groupe spécial a qualifié cette disposition de « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends », qui a pour objet d'exclure « tout autre système, en particulier un système d'exécution unilatérale des droits et obligations au regard de l'OMC » (rapport du Groupe spécial dans l'affaire États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieure, WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, par. 7.43).

¹⁵⁴ D.L. Tehindrazanarivelo, *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires. Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Genève, Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Paris, PUF, 2005, p. 338. L'article 23:2 du Mémoire d'accord dispose que « (...) les Membres : a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémoire d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémoire d'accord ; b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en œuvre les recommandations et décisions; et c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ». Ce principe fut confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des communautés européennes. Selon ses termes, « [i]l y a un rapport étroit entre les obligations énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 23. Elles concernent toutes l'obligation des Membres de l'OMC de ne pas avoir recours à une action unilatérale » (rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des communautés européennes, WT/DS165/AB/R, adopté le 10 janvier 2001, par. 111).

¹⁵⁵ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 663. Aussi, afin de compenser l'inégalité économique des pays en développement lorsque ces derniers sont en litige avec un (ou des) pays industrialisé(s), des mesures spécifiques en faveur de ces pays ont été introduites dans le nouveau Mémoire d'accord. Il en existait déjà dans l'Accord du GATT révisé en 1966 ; des modes de règlement des différends distincts étaient prévus pour les pays en développement. Sur le sujet, voir l'étude d'Alban Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'OMC : étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, Panthéon Sorbonne, soutenue le 4 septembre 2004, 396 p.

¹⁵⁶ Appelée « clause de conformité ». À ce sujet, voir O. Blin, *L'Organisation mondiale du commerce*, op.cit., p. 69 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 663.

¹⁵⁷ H. Ruiz fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *Juris-Classeur Droit international*, 1998, fasc 130-10, p.18, §105. Voir également J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Netherlands, Kluwer Law International, 2001, pp. 58-59. En principe, l'utilisation du

37. Si le nouveau dispositif rejette l'unilatéralisme, c'est au bénéfice d'un système plus structuré et contraignant. Sans entrer dans les détails, le nouveau système repose en globalité sur trois modes de règlement des différends. Les modes de règlements diplomatiques (consultations obligatoires, médiations, bons offices, conciliations), l'arbitrage¹⁵⁹ et le fameux dispositif qualifié de « procédure de droit commun »¹⁶⁰ reposant sur les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel¹⁶¹. En dehors de certaines procédures spéciales¹⁶², la mécanique de

dispositif des contre-mesures américain ne peut conduire qu'à l'ouverture de la procédure de règlement des différends à l'OMC pour les pays Membres de l'OMC. Toutefois, cette législation est toujours en vigueur et des sanctions unilatérales menacent toujours les pays qui ne sont pas Membres de l'OMC. Ce risque demeure aussi pour les questions relatives à la propriété intellectuelle non couvertes par l'Accord sur les ADPIC. À ce sujet, voir C. O'Neal Taylor, "The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System", *op.cit.*, p. 217 ; M. Getlan, "TRIPS and the Future of Section 301: a Comparative Study in Trade Dispute Resolution", *op.cit.*, pp. 212-213 ; V. Pace, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 133 ; F.M. Abbott, "Commentary: the International Intellectual Property order enters the 21st Century", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, vol.29, p. 477.

¹⁵⁸ J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », *Annuaire français de Relations Internationales*, 2000, p. 579. Pierre Monnier écrivait à cet égard que « l'ADPIC et le Mémorandum d'accord ont bien limité et régularisé la pratique américaine de la Section Special 301 dans un cadre multilatéral » (P. Monnier, « Le système de compensations et de rétorsions de l'Organisation Mondiale du Commerce: les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou lancent-ils leurs billes comme des nuls? », *International Law Forum du Droit International*, 2003, n°5, p. 47).

¹⁵⁹ Le Mémorandum d'accord ménage la possibilité d'un recours à l'arbitrage (une nouveauté par rapport au GATT) dans son article 25. Celui-ci est conçu comme un moyen de règlement des différends (autre que la procédure de Groupes spéciaux) dès lors que les parties au différend auront manifesté leur accord sur le choix de cette procédure. Dans la pratique, cette possibilité n'a jamais, à ce jour, été utilisée par les parties pour régler leur différend découlant de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁶⁰ D. Carreau et P. Juillard, « Bilan de recherches de la section de la langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie », in *L'Organisation mondiale du commerce*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, CEDRDI, London, Martinus Nijhoff publishers, 1997, p. 36.

¹⁶¹ À cet égard, l'innovation du Mémorandum d'accord consistait dans l'introduction d'une procédure d'appel du type juridictionnel confiée à un Organe d'appel, ainsi que d'une procédure d'arbitrage à titre optionnel. Par ces innovations, le système infirme l'idée selon laquelle la matière économique serait rétive au règlement juridictionnel des litiges. Voir É. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *Annuaire Français de Droit International*, 1996, n°42, pp. 847-848 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Coll. Thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 121, Paris, L.G.D.J, 2007, pp. 3-4. Sur la spécificité du droit international économique quant au mode de règlement de différend, voir P. Weil, « Le droit internationale économique, mythe ou réalité? », in *Aspects du droit internationale économique*, Colloque d'Orléans, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 1972, pp. 10-12 ; P. Vellas, *Aspects du droit international économique*, L'institut d'études politiques de Toulouse, Pedone, 1990, pp. 50-51.

¹⁶² L'examen rapide fait par le Professeur Éric Canal-Forgues montre qu'en règle générale les règles spéciales et additionnelles (énumérées à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord) visent à permettre, à l'initiative d'un Membre partie à un différend ou à l'instigation d'un Groupe spécial, l'intervention à titre consultatif d'organes techniques composés d'experts pour les aspects qui nécessiteraient un examen détaillé (voir les articles de 14:2 à 14: 4 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ; l'article 11:2 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires) ou d'organisations internationales compétentes (voir l'article 11:2 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires). Pour ce qui concerne l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), il est tenu compte du caractère spécifique des obligations et des engagements découlant tant du commerce des services que de l'accord lui-même. Pour le règlement des différends concernant des questions sectorielles, l'article 4 de l'annexe sur les services financiers demande par exemple que les membres des Groupes spéciaux aient les compétences nécessaires en rapport avec le service financier spécifique faisant l'objet du différend. L'auteur relève aussi, que dans le cadre de l'Accord sur les textiles et vêtements son article

règlement de différends est la même pour tous les accords visés multilatéraux issus du système de l'OMC cité plus haut¹⁶³.

38. À cet égard, la littérature scientifique ne tarit pas d'éloge sur les améliorations apportées en termes de rapidité et d'efficacité à la nouvelle procédure générale de règlement des différends de l'OMC : des délais plus stricts, une place centrale accordée à la règle de droit dans la procédure¹⁶⁴, une plus grande automaticité de la procédure grâce à la nouvelle technique du « consensus inversé »¹⁶⁵ qui rend en particulier l'adoption quasi automatique des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et enfin, et c'est un point important, l'existence de puissants moyens pour rendre les recommandations du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel effectives, notamment par des mesures de rétorsion¹⁶⁶.

8, alinéas 1 à 12, prévoit l'intervention à titre principale d'un organe permanent, l'Organe de supervision des textiles ("OSpT"). Après recommandation de l'OSpT, chacun des membres en litige pourra porter la question non réglée devant l'ORD et invoquer directement le §2 de l'article XXIII du GATT de 1994 et les dispositions pertinentes du Mémoire d'accord. Voir É. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Revue Générale de Droit International Public*, 1994, n°2, pp. 695-697.

¹⁶³ B. Wilson, « Le système de règlement des différends de l'OMC et son fonctionnement: Un bref aperçu des dix premières années », *op.cit.*, pp. 15-16 ; Y. Nouvel., « Relations économiques internationales. L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire Français de Droit International*, 2000, p. 663. En effet, s'il est vrai que plusieurs accords comportent quelques règles dites « spéciales et additionnelles » en matière de règlement des différends, qui particularisent plus en moins la procédure suivie par rapport à la procédure générale, il est toutefois, retenu que les deux procédures générales et spéciales se complètent. Mais, en cas de conflits entre les règles générales du Mémoire d'accord et les règles spéciales de ces accords, ces dernières prévalent (article 1:2 du Mémoire d'accord). C'est ce qui ressort d'ailleurs du rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala-Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998, par. 66 : « Nous considérons que les règles et procédures spéciales ou additionnelles d'un accord visé particulier se combinent aux règles et procédures généralement applicables du Mémoire d'accord pour former un système de règlement des différends intégré, global pour l'Accord sur l'OMC. Les dispositions spéciales ou additionnelles énumérées à l'Appendice 2 du Mémoire d'accord sont destinées à traiter les particularités du règlement des différends concernant des obligations découlant d'un accord visé spécifique, alors que l'article premier du Mémoire d'accord vise à établir un système de règlement des différends intégré et global pour tous les accords visés faisant partie de l'Accord sur l'OMC dans leur ensemble. C'est donc uniquement dans le cas précis où une disposition du Mémoire d'accord et une disposition spéciale ou additionnelle d'un autre accord visé sont mutuellement incompatibles que la disposition spéciale ou additionnelle peut être considérée comme prévalant sur la disposition du Mémoire d'accord ».

¹⁶⁴ Alors que l'ancien système du GATT était largement tributaire du consensus politique entre les PARTIES CONTRACTANTES. Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, 3^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13.

¹⁶⁵ D'après l'ancienne procédure du GATT, les décisions ne pouvaient être adoptées que par consensus, de sorte qu'une seule opposition suffisait pour les bloquer (*consensus positif*). Désormais, les décisions sont adoptées automatiquement sauf s'il y a consensus pour les rejeter (*consensus négatif*). Sur la règle du consensus, voir P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, §§ 86-87 ; É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 61.

¹⁶⁶ Ces importantes innovations techniques (pour ne nommer que quelques-unes des plus fondamentales qui font l'originalité de cette procédure) apportées par le Mémoire d'accord à la pratique du GATT seront abordées au fur et à mesure de l'étude. Ce renforcement de la procédure est perçu par beaucoup d'auteurs comme allant dans le sens d'une plus grande juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux. Voir Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 21 ; G. Sacerdoti, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *Revue Générale de Droit International*, traduit par Vincent. Tomkiewicz, 2006, n°4, p. 771 ; O. Blin, *L'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 70 ; A. Klebes-

39. Ainsi présenté, le nouveau système de règlement des différends serait donc un élément crucial pour l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁷. Depuis l'entrée en vigueur de l'OMC en date du 1^{er} janvier 1995 à ce jour, 34 affaires (répertoriées dans le tableau n°1 ci-après) concernant l'Accord sur les ADPIC ont été portées devant l'ORD au titre du Mémoire d'accord.

Tableau n°1 : Les affaires soumises à ce jour à l'ORD au titre de l'Accord sur les ADPIC

Numéro de référence de l'affaire	Plaignant	Défendeur	Date de la plainte	Titre de la mesure en cause	Règlement du différend
DS28	États-Unis	Japon	9 février 1996	Mesures concernant les enregistrements sonores	Solution mutuellement convenue
DS36	États-Unis	Pakistan	30 avril 1996	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture	Solution mutuellement convenue
DS37	États-Unis	Portugal	30 avril 1996	Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle	Solution mutuellement convenue
DS42	Communautés européennes	Japon	28 mai 1996	Mesures concernant les enregistrements sonores	Solution mutuellement convenue
				Protection conférée	

Pelissier, « L'Organisation Mondiale du Commerce : Quels enseignements pour le droit des organisations internationales? », in *Le droit des organisations internationales. Recueils d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 81 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, 1997, n°3, pp. 709-755 ; du même auteur, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, pp. 881-947 ; É. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) », *op.cit.*, pp. 689-707. Sur la position de l'Europe et son évolution à l'égard du phénomène de juridictionnalisation du système de règlement des différends commerciaux, voir l'étude d'Alain Hervé, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université de Rennes 1, soutenue le 19 septembre 2011, pp. 10- 61.

¹⁶⁷ B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 147.

DS50	États-Unis	Inde	2 juillet 1996	par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial et l'Organe d'appel
DS59	États-Unis	Indonésie	8 octobre 1996	Certaines mesures affectant l'industrie automobile	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS79	Communautés européennes	Inde	28 avril 1997	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS82	États-Unis	Irlande	14 mai 1997	Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins	Solution mutuellement convenue
DS83	États-Unis	Danemark	14 mai 1997	Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle	Solution mutuellement convenue
DS86	États-Unis	Suède	28 mai 1997	Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle	Solution mutuellement convenue
DS114	Communautés européennes	Canada	19 décembre 1997	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS115	États-Unis	Communautés européenne	6 janvier 1998	Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins	Solution mutuellement convenue
DS124	États-Unis	Communautés européennes	30 avril 1998	Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision	Solution mutuellement convenue
DS125	États-Unis	Grèce	4 mai 1998	Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision	Solution mutuellement convenue
DS153	Canada	Communautés européennes	2 décembre 1998	Protection conférée par un brevet pour les produits	

				pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture	Consultations
DS160	Communautés européennes	États-Unis	26 janvier 1999	Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS170	États-Unis	Canada	6 mai 1999	Durée de la protection conférée par un brevet	Recours aux procédures faisant intervenir le Groupe spécial et l'Organe d'appel
DS171	États-Unis	Argentine	6 mai 1999	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture	Solution mutuellement convenue
DS174	États-Unis	Communautés européennes	1 juin 1999	Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS176	Communautés européennes	États-Unis	8 juillet 1999	Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial et l'Organe d'appel
DS186	Communautés européennes	États-Unis	12 janvier 2000	Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives	Consultations
DS196	États-Unis	Argentine	30 mai 2000	Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais	Solution mutuellement convenue
DS199	États-Unis	Brésil	30 mai 2000	Mesures affectant la protection conférée par un brevet	Solution mutuellement convenue

DS224	Brésil	États-Unis	31 janvier 2001	Code des brevets des États-Unis	Consultations
DS290	Australie	Communauté européenne	17 avril 2003	Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS362	États-Unis	Chine	10 avril 2007	Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS372	Communauté européenne	Chine	3 mars 2008	Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières	Entente sous la forme d'un mémorandum d'accord entre les parties au différend
DS408	Inde	Union européenne	11 mai 2010	Saisie de médicaments génériques en transit	Consultations
DS409	Brésil	Union européenne	12 mai 2010	Saisie de médicaments génériques en transit	Consultations
DS434	Ukraine	Australie	13 mars 2012	Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière de banalisation des emballages applicables aux produits du tabac et à l'emballage de ces produits	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial (procédure récemment suspendue)
DS435	Honduras	Australie	4 avril 2012	Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS441	République dominicaine	Australie	18 juillet 2012	Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications	Recours à la procédure faisant intervenir le

				géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage	Groupe spécial
DS458	Cuba	Australie	3 mai 2013	Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial
DS467	Indonésie	Australie	20 septembre 2013	Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage	Recours à la procédure faisant intervenir le Groupe spécial

Source : liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC.

40. Comme le montre le tableau n°1 ci-dessus, les mesures accusant un Membre pour non-conformité aux obligations qu'il a contractées en vertu de l'Accord sur les ADPIC, sont diverses et variées : brevets, droits d'auteurs, marques de fabriques, indications géographiques ou encore les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Un dépouillement statistique de ces affaires ADPIC soumises à l'ORD montre aussi que le recours au système de règlement des différends de l'OMC émane, principalement, des grandes puissances commerciales, telles que les Communautés européennes (ou l'Union européenne aujourd'hui)¹⁶⁸ et tout particulièrement les États-Unis. En effet, ces derniers ont

¹⁶⁸ Il y a lieu de préciser que « les Communautés européennes » (au pluriel) était le vocabulaire officiel utilisé dans le cadre de l'OMC depuis 1995 jusqu'à l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne (modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne). En effet, depuis cette date, le vocable de « Communautés européennes » a disparu de la terminologie officielle de l'OMC au profit de celui d'« Union européenne ». Toutefois, l'ancien vocable y figure encore dans les documents précédant la date d'entrée en vigueur le Traité de Lisbonne, c'est-à-dire le 1^{er} décembre 2009. C'est pourquoi, par souci de cohérence, nous continuerons d'employer le nom de « Communautés européennes », lorsqu'il sera fait référence aux activités de cette dernière antérieurement au 1^{er} décembre 2009. Postérieurement à cette date, c'est l'expression « Union européenne » qui prendra place.

été, à eux seuls, à l'origine de dix-sept plaintes sur trente-quatre¹⁶⁹, les Communautés européennes ayant déposé sept plaintes¹⁷⁰. Ce constat n'est d'ailleurs pas surprenant si l'on considère le rôle central qu'ont joué particulièrement les États-Unis dans l'introduction des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du GATT¹⁷¹. Pour autant, comme il ressort du tableau n°1, les autres acteurs significatifs de la scène économique internationale ne sont pas en reste¹⁷². On note, à cet égard également des plaintes émanant du Canada (une fois)¹⁷³, du Brésil (deux fois)¹⁷⁴, de l'Australie (une fois)¹⁷⁵, de l'Inde (une fois)¹⁷⁶, de l'Ukraine (une fois)¹⁷⁷, du Honduras (une fois)¹⁷⁸, de la République dominicaine (une fois)¹⁷⁹, de Cuba (une fois)¹⁸⁰, ou encore de l'Indonésie (une fois)¹⁸¹. Une telle diversité des Membres pour le recours au système de règlement des différends témoigne non seulement de son intérêt pour les Membres mais aussi de la confiance qu'ils lui manifestent.

41. Par ailleurs, s'agissant des solutions, on relève du tableau n°1 que beaucoup de différends¹⁸² relatifs aux ADPIC ont été réglés par la négociation de solutions mutuellement satisfaisantes. D'autres différends ont toutefois exigé un règlement juridique du problème par le truchement des organes de règlement des différends (à savoir les Groupes spéciaux et, le cas échéant, l'Organe d'appel).

42. De ce qui précède, la présente étude se propose d'analyser, à la lumière des plaintes déposées devant l'OMC et des solutions obtenues, l'application du système de règlement des différends de l'OMC au domaine de la propriété intellectuelle. Il s'agit plus

¹⁶⁹ Il s'agit des affaires suivantes : WT/DS28, WT/DS36, WT/DS37, WT/DS50, WT/DS DS59, WT/DS82, WT/DS83, WT/DS86, WT/DS115, WT/DS124, WT/DS125, WT/DS170, WT/DS171, WT/DS174, WT/DS196, WT/DS199, WT/DS362. Seulement cinq parmi ces affaires ont donné lieu à un rapport des organes de règlements des différends : WT/DS50, WT/DS59, WT/DS170, WT/DS174, WT/DS362. Sur ces affaires, voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

¹⁷⁰ Il s'agit des affaires suivantes : WT/DS42, WT/DS79, WT/DS114, WT/DS170, WT/DS176, WT/DS186, WT/DS372. Trois seulement parmi ces affaires ont donné lieu à un rapport des organes de règlements des différends : WT/DS79, WT/DS114, WT/DS176. Sur ces affaires, voir *infra*, deuxième partie, titre 1.

¹⁷¹ Par ailleurs, il est intéressant de noter que le nombre important de plaintes déposées par les États-Unis et par l'Union européenne se reflète également dans les sollicitations du système de l'OMC en général.

¹⁷² Pour une vue d'ensemble de la répartition par Membre de l'OMC des différends relatifs aux ADPIC, voir l'annexe II.

¹⁷³ L'affaire WT/DS153.

¹⁷⁴ Les affaires WT/DS 224 et WT/DS 409.

¹⁷⁵ L'affaire WT/DS 290.

¹⁷⁶ L'affaire WT/DS 408.

¹⁷⁷ L'affaire WT/DS 434.

¹⁷⁸ L'affaire WT/435.

¹⁷⁹ L'affaire WT/DS441.

¹⁸⁰ L'affaire WT/DS458.

¹⁸¹ L'affaire WT/DS467.

¹⁸² Même s'il peut exister certaines différences terminologiques entre les termes différend, litige et conflit, nous utiliserons indistinctement chacune de ces expressions. Pour des précisions terminologiques sur ces trois termes, voir A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige », *Revue française de théorie, de philosophie, et de culture juridique, Droits*, 2001, n°34, pp. 15-20.

particulièrement de savoir comment le système de règlement des différends de l'OMC administré par l'ORD organise, traite et règle les différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC. En effet, de très nombreux travaux ont été consacrés à l'étude du système de règlement des différends de l'OMC, plus précisément à sa méthode de travail et son efficacité (notamment par rapport aux GATT). Cependant, le fonctionnement de ce système dans le cadre spécifique du nouvel Accord sur les ADPIC semble ne pas avoir fait l'objet d'études approfondies dans les milieux académiques juridiques.

43. Une telle étude est très intéressante en raison des particularités prêtées à l'Accord sur les ADPIC.

44. Premièrement, l'Accord sur les ADPIC intègre pour la première fois pleinement la protection de différents droits de propriété intellectuelle dans le système commercial mondial¹⁸³. L'accord est aujourd'hui l'un des trois piliers importants de l'OMC, les deux autres étant l'Accord sur le commerce des marchandises (GATT)¹⁸⁴ et l'Accord sur le commerce des services (GATS)¹⁸⁵. C'est une révolution tant par rapport aux GATT qu'à l'OMPI¹⁸⁶. En effet, l'ancien GATT de 1974 ne contenait que des références très limitées à la propriété intellectuelle comprise pour l'essentiel comme une potentielle exception au libre-échange autorisant « *les membres à protéger des créations intellectuelles à condition que la mesure n'entraîne pas de restriction au commerce international* »¹⁸⁷. Avec l'Accord sur les ADPIC, un grand pas est franchi ; une solide base de dispositions de fond sur la protection de la propriété intellectuelle régule désormais les relations commerciales multilatérales¹⁸⁸.

¹⁸³ Voir J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », in P. Daillier, G. De La Pradelle, H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, p. 451 ; D. Jouanneau, *Le GATT et l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, 1996, p. 85. Le contenu de l'Accord sur les ADPIC sera abordé dans le chapitre 2 du titre 1 de la première partie qui suit.

¹⁸⁴ Le domaine traditionnel du GATT. La version actualisée est dénommée GATT de 1994. L'ancien texte s'appelle aujourd'hui GATT de 1947.

¹⁸⁵ Le GATS est la dénomination la plus utilisée, d'après la terminologie anglaise « General Agreement on Trade and Service ». L'accord est aussi connu sous son acronyme français de l'AGCS « Accord général sur le commerce des services ». C'est aussi un nouveau domaine auquel fait désormais partie du système de l'OMC (Annexe 1B).

¹⁸⁶ J.-B. Racine, et F. Siirainen, *Droit du commerce international*, Coll.Cours Dalloz, Série Droit privé, Paris, Dalloz, 1^{ère} ed, 2007, p. 53, §88.

¹⁸⁷ L'article XX d) de l'Accord du GATT de 1974. J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 451 ; Y. Gaubiac, « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *op.cit.*, p. 10.

¹⁸⁸ *Ibid.* Toutefois, il est important de noter que l'appréhension de la propriété intellectuelle par des règles de libre-échange se présente de manière paradoxale. Comme on peut le relever du Préambule de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont indiqué : « *Désireux de réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, et tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime* ». En somme, comme l'explique le Professeur Jean-Sylvestre Bergé, d'un côté, en protégeant juridiquement le capital

L'Accord sur les ADPIC constitue également un événement marquant dans l'histoire du droit international de la propriété intellectuelle qui relevait essentiellement de l'OMPI¹⁸⁹, du fait qu'il attache les droits de propriété intellectuelle, considérés séparément jusqu'à alors, au commerce¹⁹⁰. De ce fait, une nouvelle conception de la propriété intellectuelle émergea de cet accord, une vision plus « commerciale » des droits de propriété intellectuelle¹⁹¹.

45. Deuxièmement, la philosophie de l'Accord sur les ADPIC est fondamentalement différente de celle des deux autres Accords de l'OMC, à savoir le GATT et l'AGCS, qui traitent respectivement des marchandises et des services. Il ne s'agit pas ici de libéraliser la circulation de bien ou de services, mais d'assurer un niveau minimum en ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle¹⁹², lesquels sont reconnus comme des droits privés¹⁹³.

46. Troisièmement, l'Accord sur les ADPIC a été l'un des résultats les plus controversés de l'Uruguay Round¹⁹⁴. L'opposition idéologique des pays développés et des pays en développement à propos de certains droits (notamment, dans le domaine des brevets)

intellectuel (œuvre de l'esprit, signes distinctif, inventions, dessins et modèles industriels, etc.), la propriété intellectuelle leur confère une valeur économique. Et, à ce titre, cette propriété devient un promoteur indispensable du commerce mondial. Mais, d'un autre côté, les droits de propriété intellectuelle, de par leur caractère exclusif, peuvent effectivement limiter la concurrence et devenir, par conséquent, un obstacle au libre-échange. C'est dans la recherche d'un équilibre que la conciliation peut être trouvée entre juste protection et juste circulation des objets de propriété intellectuelle. Voir J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, pp. 451-452.

¹⁸⁹ J.-B. Racine, et F. Siiriainen, *Droit du commerce international, op.cit.*, p. 53, § 88.

¹⁹⁰ Y. Gaubiac, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, octobre 1995, n°166, p. 7. L'aspect commercial de l'Accord sur les ADPIC est mis en lumière par deux clauses fondamentales du système commercial multilatéral : la clause du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Cette liaison entre commerce et les droits de propriété intellectuelle se manifeste tout particulièrement dans le premier considérant du Préambule de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁹¹ En somme, l'Accord sur les ADPIC représente une perspective marchande quant au rôle des DPI dans les relations économiques. Voir C. May, « La marchandisation à « l'âge de l'information » : droits de propriété intellectuelle, l'État et Internet », traduit de l'anglais par Thierry Labica, *Actuel Marx*, 2003/2, n°34, p. 83, en ligne à l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-actuel-marx-2003-2-page-81.htm> (consulté le 26 janvier 2017). Voir également l'ouvrage collectif dirigé par Michel Vivant, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2004, 185 p.

¹⁹² Ph. Vincent, *L'OMC et les pays en développement*, Coll. Droit international, Bruxelles, Larcier, 2010, p 356. Sur cette différence, voir S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *Virginia Journal of International Law*, Winter 2006, vol.46, pp. 376-377.

¹⁹³ En effet, selon le quatrième considérant du préambule de l'Accord sur les ADPIC « *les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés* ».

¹⁹⁴ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 5, p. 649 ; P.K. Yu, "The objectives and principles of the TRIPS Agreement", in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, volume I, Edward Elgar, 2010, p.146.

lors des négociations de l'Uruguay round en est l'illustration¹⁹⁵. Les pays en développement l'ont finalement accepté, en contrepartie des concessions offertes sous forme d'un meilleur accès aux marchés (notamment, dans les secteurs du textile et de l'agriculture)¹⁹⁶, et aussi grâce à la reconnaissance, dans l'accord, de certains compromis sous formes de période de transition, de limitations, d'exceptions, de formulation large et ambiguë de certaines dispositions¹⁹⁷, entre autres. En somme, l'Accord sur les ADPIC est le résultat d'un dosage complexe de compromis et de concessions. Il est d'ailleurs souvent comparé à un château de cartes, qui s'affaisserait si l'on en retirait une carte¹⁹⁸. Ainsi, compte tenu de l'intérêt divergent des pays développés et des pays en développement, vis-à-vis de la protection des droits de propriété intellectuelle, ces pays ont et auront des positions différentes sur certaines questions relevant de l'Accord sur les ADPIC.

47. Quatrièmement, l'Accord sur les ADPIC présente une autre caractéristique en ce que son contenu n'est pas fondamentalement nouveau. En réalité, il est construit en grande partie par incorporation de normes externes contenues dans les principales conventions administrées par l'OMPI¹⁹⁹, en l'occurrence la Convention de Paris pour la protection de la

¹⁹⁵ Sur les difficultés rencontrées entre les pays développés et les pays en développement dans la négociation du futur Accord sur les ADPIC, voir J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, *op.cit.*, pp. 11-47 ; du même auteur, "The TRIPS Agreement and Developing Countries Strong, Weak or Balanced Protection?", *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol.1, issue 2, pp. 281-307 ; J. Sen, *Negotiating the TRIPs Agreement: India's experience and some domestic policy issues*, CUTS Centre for International Trade, Economics & Environment, 2001, 45 p.

¹⁹⁶ J.H. Reichman & D. Lange, "Bargaining Around the TRIPS Agreement: The case for Ongoing public-private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1998, vol.9, n°11, p. 17.

¹⁹⁷ En raison du conflit d'intérêt entre le Nord et le Sud, certaines des dispositions de l'Accord sur les ADPIC ne pouvaient en effet être acceptées que par une certaine « ambiguïté constructive » ou par une « formulation générale » permettant à chaque partie d'y trouver son compte. En ce sens, T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 142. Jayashree Watal relevait à cet égard que "the reason for diverse views may lie, in the part that TRIPS was the result of bitter North-South negotiations, reflecting strong economic interests on the part of right owners as well as those benefiting from weaker levels of protection for IPR. This conflict of interests was resolved through "constructive ambiguity", which each side interprets according to its convenience" (J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, *op.cit.*, p. 7.

¹⁹⁸ T.-L. Tran Wasescha « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 142.

¹⁹⁹ Il est important d'indiquer que si l'Accord sur les ADPIC ne renouvelle pas fondamentalement le droit de propriété intellectuelle (dans la mesure où il a intégré les principales conventions susmentionnées pour la protection des DPI), il a toutefois amélioré le niveau et l'effectivité de la protection jusque-là accordée en complétant les anciennes règles et en établissant de nouvelles règles dans de nombreux domaines. Comme le souligne Frederick M. Abbott, "The TRIPS Agreement establishes minimum international IPRs substantive rules of three types. The first type is established by the incorporation of provisions of existing multilateral IPRs conventions administered by WIPO, such as copyright standards that incorporate Berne Convention provisions. The second type consists of rules that are unique to the TRIPS Agreement, such as the rules that establish the subject matter of patent protection. The third type consists of hybrid rules that clarify or amend rules of existing multilateral IPRs conventions, such as a rule clarifying that computer software is copyrightable subject matter"(F. M. Abbott, "The Future of the Multilateral Trading System in the Context of TRIPS", *op.cit.*, p. 671).

propriété industrielle dans sa version de 1967²⁰⁰ ; la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques dans sa version de 1971²⁰¹ ; la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961²⁰² et le Traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés adopté en 1989²⁰³. De nombreuses dispositions de fond de ces instruments qui, il convient de le préciser, restent toujours gérés par l'OMPI, y sont incorporées par renvoi²⁰⁴ dans l'Accord sur les ADPIC²⁰⁵. Le Professeur Jean-Sylvestre Bergé a expliqué que « *cette incorporation trouve son explication dans le fait qu'il était plus facile aux négociateurs de l'Accord ADPIC de s'appuyer sur les réalisations existantes, quitte à les enrichir, que de réécrire l'ensemble des règles de protection de la propriété intellectuelle* »²⁰⁶.

48. Ces singularités évoquées font sans conteste de l'Accord sur les ADPIC un accord particulier dans l'architecture du système commercial multilatéral, qui confèrent un intérêt d'autant plus grand à cette étude qui tend à connaître la manière avec laquelle les différends relatifs à la propriété intellectuelle sont organisés, traités et réglés dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC.

49. À ces fins, il convient dans la première partie d'analyser le processus de règlement des différends applicable dans le cadre des différends découlant de l'Accord sur les ADPIC. Il s'agit plus particulièrement de tenter de mettre en lumière les règles et procédures régissant le règlement de ce type de différends. Le travail repose sur les aspects théoriques du nouveau système de règlement des différends de l'OMC, mais aussi sur la pratique suivie par les organes chargés du règlement des différends relatifs aux ADPIC jusque-là soumis à l'ORD. La deuxième partie met en exergue le rôle central joué par l'ORD dans le règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC. L'analyse se focalise tant sur l'issue amiable

²⁰⁰ L'incorporation est toutefois limitée aux articles premier à 12 et à l'article 19. Voir l'article 2.1 de l'Accord sur les ADPIC.

²⁰¹ L'incorporation est aussi limitée aux articles premier à 21 (sauf article 6 bis relatif au droit moral de l'auteur) et à l'Annexe de ladite convention. Voir l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC.

²⁰² Ci-après, la Convention de Rome. Notons toutefois que l'Accord sur les ADPIC ne contient aucun renvoi aux dispositions de la Convention de Rome.

²⁰³ Ci-après, le Traité de Washington. L'incorporation est limitée aux articles 2 à 7 (sauf le paragraphe 3 de l'article 6), à l'article 12 et au paragraphe 3 de l'article 16 du Traité. Voir l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

²⁰⁴ Julien Cazala définit la notion de renvoi en indiquant qu'« *il s'agit d'une invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs dispositions. Cette acceptation large repose sur le fait que le terme de renvoi requiert uniquement le texte et incite formellement « à aller voir » ailleurs, c'est-à-dire dans un autre texte* » (J. Cazala, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments extérieures à l'Organisation », *Revue Belge de Droit International*, 2005, n°1-2, p. 529).

²⁰⁵ Notons toutefois que les importantes dispositions de ces conventions sont reprises par renvoi et ne sont pas reproduites en tant que telles dans l'Accord sur les ADPIC. D'ailleurs, le texte de l'Accord sur les ADPIC ne peut être compris sans une lecture des dispositions incorporées.

²⁰⁶ J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 454.

des plaintes déposées que sur les décisions auxquelles certaines ont donné lieu. Elle s'attache aussi à examiner minutieusement les décisions de l'ORD contenues dans les rapports des organes de règlement, à savoir les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, qui seules permettent en réalité de détecter la façon dont ces derniers conçoivent leur mission (notamment, en ce qui concerne la démarche interprétative appliquée) et appréhendent les diverses questions que suscite le règlement des différends dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.

PREMIÈRE PARTIE - LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC

DEUXIÈME PARTIE - LE RÔLE DE L'ORD DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC

PREMIÈRE PARTIE - LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC

50. Comme évoqué précédemment, l'Accord sur les ADPIC envisage le règlement des différends dans son article 64, qui renvoie pour l'essentiel au système général de règlement des différends de l'OMC, dont les règles et les procédures sont aménagées par le Mémorandum d'accord²⁰⁷.

51. Cette première partie a pour objet l'étude du déroulement du processus de règlement des différends dans le cadre des différends découlant de l'Accord sur les ADPIC (Titre 2). Mais, avant de se livrer à cet examen, il est nécessaire de déterminer préalablement les différends relatifs à la propriété intellectuelle auxquels les dispositions du Mémorandum d'accord sont applicables (Titre 1).

TITRE 1 - LES DIFFÉRENDS RELATIFS À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU SENS DU MÉMORANDUM D'ACCORD

52. Il ne saurait y avoir un règlement sans différend. Ce présent titre tente d'effectuer une étude préalable des différends relatifs à la propriété intellectuelle qui entrent dans le champ d'application du Mémorandum d'accord. Les développements porteront précisément sur la question de savoir à *qui* les actions devant l'ORD sont ouvertes et pour *quels* types de différends de propriété intellectuelle. On montrera que même si dans l'ensemble l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC sont notamment de conférer une

²⁰⁷ 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 ». Voir notre introduction.

protection aux ressortissants des Membres de l'OMC en ce qui concerne la propriété intellectuelle, l'intervention prévue par le Mémoire d'accord dans le cadre de cet accord, comme d'ailleurs pour tous les Accords de l'OMC, est exclusivement réservée aux Membres de l'OMC, qui seuls peuvent y déposer plainte et sont aussi les seuls susceptibles d'y être poursuivis (Chapitre 1). On mettra également en évidence que la procédure du Mémoire d'accord ne peut être activée que pour des différends relatifs à la propriété intellectuelle soumis en vertu de l'Accord sur les ADPIC (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Des différends entre Membres de l'OMC

53. En effet, comme évoqué précédemment, l'Accord sur les ADPIC fait partie de la liste des accords visés couverts par le texte de l'article 1:1 du Mémoire d'accord lequel dispose que « *les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord (dénommés dans le présent mémorandum d'accord les "accords visés"). Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aussi aux consultations et au règlement des différends **entre les Membres** concernant leurs droits et obligations au titre des dispositions de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans le présent mémorandum d'accord l'"Accord sur l'OMC") et du présent mémorandum d'accord considérés isolément ou conjointement avec tout autre accord visé* »²⁰⁸. Le libellé de cette disposition est explicite en stipulant que le différend susceptible d'être porté au titre des règles du Mémoire d'accord doit être un différend entre Membres de l'OMC (Section 1).

54. Une telle délimitation du Mémoire d'accord pour tous les Accords de l'OMC peut paraître illogique dans la mesure où l'Accord sur les ADPIC vise à protéger les droits de propriété intellectuelle des ressortissants des Membres²⁰⁹. Face à une violation de l'Accord sur les ADPIC, on montrera que les ressortissants des États membres de l'OMC se retrouveraient manifestement dans une situation d'impuissance lorsqu'ils sont lésés (Section 2).

²⁰⁸ Caractères gras ajoutés.

²⁰⁹ En effet, l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC prescrit que chaque Membre de l'OMC accordera le traitement prévu dans l'accord « *aux ressortissants des autres Membres* ».

Section 1 : Le statut de Membre de l'OMC, condition de l'action devant le prétoire de l'OMC

55. En effet, dans le cadre de l'OMC, le droit d'action au titre du Mémorandum d'accord est conditionné par le statut de « Membre » de l'OMC²¹⁰ (§1). À ce propos, il n'est pas sans intérêt de relever que l'Europe²¹¹ bénéficie d'un statut assez particulier au sein de l'OMC. Il serait ainsi intéressant d'analyser les modalités de son action en vertu du Mémorandum d'accord dans le domaine des ADPIC (2).

§1. La condition de « Membre » à l'action au titre du Mémorandum d'accord

56. Si les règles et procédures que prévoit le Mémorandum d'accord s'adressent uniquement aux Membres de l'Organisation, il serait donc logique qu'ils soient les seuls habilités à y avoir recours et à les manier²¹². D'ailleurs, l'objectif même du système de règlement des différends de l'OMC, tel que défini à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, consiste en la préservation des droits et obligations de ses membres²¹³.

Cette condition de « Membre de l'OMC », a d'ailleurs été fermement rappelée et confirmée par l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *États-Unis — Crevettes*, en ce que « seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC »²¹⁴. Cela a été de nouveau rappelé par le Groupe spécial dans son rapport dans l'affaire *Turquie — Textiles*, en ses termes que « le système de règlement des différends de l'OMC est fondé sur les droits des Membres, que seuls les Membres y ont accès et que seuls les Membres peuvent le mettre en application et le superviser »²¹⁵.

²¹⁰ En effet, l'attribution expresse du statut juridique de « Membre » conditionne à lui seul le droit d'action au titre du Mémorandum d'accord devant l'ORD. Voir A. Moreau Zednicek, *Le procès dans l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, soutenue le 23 mars 2007, p. 322.

²¹¹ Le terme Europe sera entendu au sens large et comprendra la Communauté européenne (aujourd'hui l'Union européenne) et/ou ses États-membres. Rappelons que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, l'« Union européenne » est le nom officiel employé à l'OMC de même qu'à l'extérieur de l'Organisation remplaçant celui des « Communautés européennes ». À ce sujet, voir *supra*, § 40.

²¹² D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 5^{ème} éd, Précis, Paris, Dalloz, 2013, p. 96, § 241.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (titre abrégé, *États-Unis – Crevettes*), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 101. Les Membres de l'OMC ont, en effet, accès au système de règlement des différends, soit en tant que parties ou, à certaines conditions, comme tierces parties. Nous le verrons en détails dans le Titre 2 de cette première partie.

²¹⁵ Rapport du Groupe spécial, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, distribué le 31 mai 1999, par. 9.41. Le même raisonnement a été rappelé par l'Organe d'appel

57. Actuellement, selon les données officielles de l'OMC, l'Organisation compte à la date du 29 juillet 2016, 164 Membres. Dans les Membres de l'OMC, on trouve bien évidemment, des États, ce qui n'a rien de surprenant s'agissant d'une organisation intergouvernementale²¹⁶, mais on y trouve aussi la Communauté européenne qui a pu bénéficier spécifiquement du statut de Membre originel à la création de l'OMC²¹⁷. Il s'agit, à ce jour, de la seule organisation internationale qui bénéficie d'un tel statut au sein de l'OMC, les autres formations régionales devant se contenter d'un simple statut consultatif²¹⁸. On trouve également, et là aussi il s'agit d'une spécificité comme le relève le Professeur Habib Ghérari²¹⁹, des territoires douaniers distincts « *jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures* »²²⁰. C'est le cas par exemple, du territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, dénommé « Taipei chinois » ou encore de Hong Kong et Macao²²¹. À cet égard, il y a lieu de préciser que la Communauté européenne n'est pas « un territoire douanier distinct Membre de l'OMC » au sens de la note de bas de page 1 de l'Accord sur les ADPIC²²². À l'occasion de l'affaire *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte des États-Unis, WT/DS174), le Groupe spécial a indiqué que « *les Communautés européennes ne forment pas une partie distincte du territoire d'un pays. Le territoire des Communautés européennes est plutôt constitué essentiellement des territoires de l'Europe, c'est-à-dire, le cas échéant, des territoires métropolitains, d'un groupe de pays, dont le nombre est passé à 25 pendant la présente procédure de groupe spécial. Ce n'est pas non plus un territoire faisant partie d'un autre pays, ni un territoire distinct dont les autres Membres de l'OMC sont responsables au plan international* »²²³.

dans l'affaire *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000, par. 40.

²¹⁶ H. Ghérari, « La marche vers l'universalité de l'Organisation mondiale du commerce », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, février 2007, n°505, p. 84.

²¹⁷ L'article XI:1 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Cette particularité sera examinée dans le paragraphe suivant de cette section.

²¹⁸ O. Blin, « OMC et imputabilité : le cas de l'Union européenne », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, Colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, 2014, p. 183.

²¹⁹ Voir H. Ghérari, « La marche vers l'universalité de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 84.

²²⁰ L'article XII-1 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.

²²¹ Voir G. Le Floch, « OMC et démembrements de l'Etat », in T. Garcia et V. Tomkiewicz (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 47 et 49.

²²² En revanche, la Communauté européenne est une union douanière au sens de l'article XXIV du GATT.

²²³ 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, (titre abrégé, *Communautés européennes — Marques et indications géographiques*, plainte des États-Unis), WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005, par. 7.166.

58. Par ailleurs, il est à remarquer que depuis la création de l'OMC, la seule manière de devenir Membre de cette organisation est l'accession²²⁴. Celle-ci n'est cependant ouverte, comme on vient d'évoquer plus haut, qu'aux « États » et aux « territoires douaniers distincts »²²⁵. Les autres catégories de sujets comme les entités fédérées, les collectivités locales, les organisations internationales²²⁶ ou encore les personnes de droit privé²²⁷, y sont donc exclues et ne peuvent par conséquent actionner le système de règlement des différends de l'OMC²²⁸. L'Organe d'appel l'a d'ailleurs clairement indiqué dans son rapport sur l'affaire *États-Unis — Crevette*, en réitérant que « seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC [...] les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès »²²⁹.

59. On signalera également que le statut d'un « État » ou d'« un territoire douanier distinct » qui négocie encore son accession auprès de l'OMC ne confère en aucun cas la

²²⁴ En effet, comme il ressort de l'article XI:1 de l'Accord sur l'OMC, un Membre peut être soit un Membre originel, soit le devenir par voie d'accession. Les Membres originels de l'OMC sont décrits à l'article XI:1 de l'Accord sur l'OMC comme étant les parties contractantes au GATT de 1947 (au 1^{er} janvier 1995), et les Communautés européennes. Ainsi, depuis la création de l'OMC, il n'y a cependant qu'une seule voie pour devenir Membre de l'OMC, celle de l'accession. À ce sujet, voir P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », *Juris-Classeur Droit international*, 2009, fasc.130-10, §§64-66.

²²⁵ À ce propos, il est important de noter que même si l'accession est ouverte à tout État ou territoire douanier distinct, elle n'est cependant pas totalement libre. On ne peut en effet y accéder qu'avec l'accord des Membres, qui lui-même peut être conditionné. Schématiquement, la procédure requiert d'abord un acte de candidature suivi de négociations préalables à l'adhésion. Il est d'ailleurs à remarquer que le processus de l'accession nous fait particulièrement penser au processus d'entretien d'embauche. Il est, en effet, présenté en quatre étapes, qui se résume de la façon suivante : d'abord, « parlez-nous de vous », ensuite, « voyez avec chacun d'entre nous ce que vous avez à offrir », et maintenant, « rédigeons un projet de modalité d'accession » et enfin, « la décision ». Voir le lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org3_f.htm (consulté le 1^{er} janvier 2017). Pour plus d'avantage sur la procédure d'accession, voir P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », *op.cit.*, §66 ; H. Ghérari, « La marche vers l'universalité de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 84-89. À cet égard, plusieurs demandes d'accession sont actuellement sous examen, parmi lesquelles certaines, très anciennes, remontent même au temps du GATT, comme la demande de l'Algérie qui a été déposée le 17 juin 1987. Sur le projet d'accession de l'Algérie à l'OMC, voir M. Abbas, « L'accession à l'OMC. Quelles stratégies pour quelle intégration à la mondialisation ? », *Confluences Méditerranée*, 2009/4, n°71, pp. 101-118.

²²⁶ Qui ne détiennent pas la pleine compétence sur le commerce extérieur sur leur territoire ou celui de leurs membres. Voir Ch.-E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in O. Blin (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 34.

²²⁷ C'est-à-dire, les particuliers. Voir Ch.-E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 34. L'auteur faisait noter que les particuliers qui peuvent être intéressés par le système de règlement des différends sont notamment les acteurs économiques privés (les défenseurs du libre-échange), mais aussi les organisations non gouvernementales (les militants pour des questions non commerciales telles que la protection de l'environnement, de droit de l'homme, etc.) (*ibid.*, pp. 35-38).

²²⁸ Ni inversement, en être la cible d'une plainte à son encontre par un Membre de l'OMC.

²²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (titre abrégé, *États-Unis – Crevettes*) WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 101.

« qualité »²³⁰ d'agir devant l'ORD²³¹. Seuls ceux qui ont obtenus officiellement le statut juridique de Membre peuvent actionner le système de règlement des différends de l'OMC et éventuellement être poursuivis devant ce système lorsqu'un Membre estime que les règles de l'OMC, y compris de l'Accord sur les ADPIC n'ont pas été respectées.

§2. Le statut particulier de l'Europe au sein de l'OMC

60. En réalité, cette particularité provient du fait qu'avec la naissance de l'OMC, la Communauté européenne s'est vu reconnaître au côté de chacun de ses États membres, le statut de Membre originel de l'OMC (A). Cette double reconnaissance au sein de l'Europe de la qualité de Membre de l'OMC à la fois à la Communauté européenne et à ses États membres n'est toutefois pas sans conséquences notamment sur le recours aux procédures de règlements des différends de l'OMC. À cette époque, toute la question était évidemment de savoir qui a la compétence pour agir devant le prétoire de l'OMC dans le nouveau domaine celui de l'Accord sur les ADPIC : est-ce la Communauté européenne ou ses États membres ? Ou les deux simultanément ? Les prochains développements permettront de montrer comment cette question a pu être réglée, au fil du temps, au sein de l'Europe (B), et comment cette dernière a fait face à cette situation de confusion durant les premières années du fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC (C).

A. La double reconnaissance de l'Europe au sein de l'OMC : l'Union européenne et ses États membres

61. Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 de l'Accord instituant l'OMC, la Communauté européenne s'est vu reconnaître, au côté de tous ses États membres, également le statut de Membre originel de l'OMC. L'article XI:1 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC prévoit en effet que « *les parties contractantes au GATT de 1947 à la date d'entrée en vigueur du présent accord, et les Communautés européennes, qui acceptent le présent accord et les Accords commerciaux multilatéraux [...] deviendront Membres originels de l'OMC* ».

²³⁰ Ce terme, ou *locus standi*, s'entend généralement du droit d'engager une procédure dans le cadre d'un différend. Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, p. 70, à la note de bas de page n°65.

²³¹ En effet, l'« État » ou le « territoire douanier distinct » qui négocie son accession a le statut d'« observateur » auprès de l'OMC. Sur ce droit d'action devant le prétoire de l'OMC, voir A. Moreau Zednicek, *Le procès dans l'Organisation mondiale du commerce*, op.cit., p. 323.

62. Le fait que les États membres de la Communauté européenne se voient reconnaître d'office la qualité de Membre de l'OMC paraît tout à fait logique dans la mesure où ils avaient déjà la qualité de parties contractantes au GATT de 1947. Mais la reconnaissance de ce statut de Membre de l'OMC à la Communauté européenne en est cependant une consécration inédite au regard du système antérieur du GATT²³². S'il en est ainsi, c'est tout simplement, comme l'expliquait Olivier Blin que la Communauté était déjà considérée comme membre *de facto* du GATT²³³. L'Uruguay Round mené dans les dernières années d'existence du GATT, a d'ailleurs été l'occasion pour la Communauté européenne de démontrer sa capacité de négociations notamment dans les nouveaux domaines tels que la propriété intellectuelle. En effet, lorsqu'ils ont approuvé la Déclaration de Punta del Este, le Conseil et les États Membres ont décidé, « *afin de garantir le maximum de cohérence dans la conduite des négociations* », que « *la Commission agirait comme négociateur unique de la Communauté et des États membres* »²³⁴. Cette dernière fut d'ailleurs très active dans les négociations qui aboutirent à la signature de l'Accord sur les l'ADPIC²³⁵. Certains affirment

²³² E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, Publication du Centre de Recherches Européennes (CEDRE), Pôle européen Jean-Monnet, Université de Rennes I, Editions Apogée, 2001, p. 31.

²³³ O. Blin, *La Communauté européenne, le GATT et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Contribution à l'étude des rapports institutionnels entre la Communauté européenne et les organisations internationales*, Thèse de doctorat en Droit, Université des sciences sociales de Toulouse, soutenue en juillet 1997, pp. 313-318. En effet, officiellement, la Communauté européenne n'a jamais eu le statut de partie contractante du GATT de 1947, mais elle a réussi à prendre, au fil du temps, la place de ses États membres dans les activités du GATT. En effet, dès le Dillon Round, peu après le début de la construction européenne, la Communauté a graduellement pris la place de ses États membres dans les activités du GATT au titre de sa compétence exclusive en matière tarifaire d'abord, commerciale ensuite (O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC) - Aspects institutionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, 07 Octobre 2012, fasc. 2260, § 53). Cette substitution fut constatée, par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt "*International Fruit Company*" du 12 décembre 1972 (CJCE 12 décembre 1972, "*International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. joint 21/72 à 24/72, Rec.p.1219). Dans son point 18, la Cour a noté « *qu'il apparaît dès lors que, dans toute la mesure où, en vertu du traité CEE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine d'application de l'Accord général, les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté* ». En accueillant la Communauté européenne en son sein, le GATT lui a offert la possibilité de tisser des relations étroites avec ses partenaires économiques et de participer à l'élaboration de la réglementation des échanges internationaux. Pour Olivier Blin, « *le GATT avait largement contribué à l'affirmation et à la reconnaissance internationales – juridiques, économiques, voire politiques – de la Communauté* » (O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC) - Aspects institutionnels », *op.cit.*, §2).

²³⁴ Avis 1/94, précité, point 3. Pour certains, si les rôles des négociations ont été confiés à la Commission européenne, c'est par ce que les États membres, avaient, entre autres, conscience de l'excellence compétence technique de la Commission pour conduire les discussions. Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, Centre d'excellence Jean-Monnet, Université Rennes 1, Publication du Centre de Recherches Européennes (CEDRE), Apogée, 2007, pp. 109-110

²³⁵ Il y a lieu de relever, comme on l'a déjà évoqué, que c'est la Communauté européenne (via la Commission) qui fut la première à proposer, en 1990, une ébauche d'accord global sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, suivie par les États-Unis, le Japon, la Suisse puis par un groupe de douze pays en développement. D'ailleurs, pour certains, l'Accord sur les ADPIC porte la marque de fabrique des Communautés européennes. Les plus frappantes des preuves sont l'inclusion dans l'accord d'une

que « la négociation de ce qui devient l'accord ADPIC a signé, en quelque sorte, l'acte de naissance d'un nouvel acteur du droit international de la propriété intellectuelle en la personne de la Communauté »²³⁶.

Pragmatique, le GATT a accepté ce statut *Membre de facto* sans jamais chercher à le caractériser juridiquement²³⁷ et lorsqu'il fut décidé de sortir du cadre conventionnel du GATT et de créer une véritable organisation internationale, a été instaurée, selon l'article XI de l'accord créant l'OMC, une participation parallèle de la Communauté européenne et de ses États membres²³⁸. C'est ainsi que la Communauté européenne, d'une part, et les États membres, d'autre part, se voyaient coexister officiellement, et à qualité égale, au sein de la nouvelle organisation²³⁹.

63. Cela étant, si depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le nom officiel des « Communautés européennes » auparavant utilisé dans le cadre de l'OMC, a disparu et remplacé par celui de l'« Union européenne »²⁴⁰, le statut de la Communauté, aujourd'hui de l'Union dans le cadre de l'OMC est resté cependant inchangé. Cette dernière est toujours Membre à part entière de l'OMC, comme chacun de ses États

section 3 dédiée aux indications géographiques, ou encore la détermination de la durée de protection des brevets, qui prend clairement parti pour le système européen. Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 111.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 111-112.

²³⁷ O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 53. En effet, comme l'a fait remarqué le Professeur Joël Rideau, « le statut de la Communauté dans l'Accord général ne reposait pas sur des règles écrites, mais avait en quelque sorte un caractère coutumier » (J. Rideau, « La participation de l'Union européenne aux organisations internationales. Rapport général », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 2000, p. 358).

²³⁸ Voir l'intervention du Professeur Geneviève Burdeau à la table ronde consacrée à « La Communauté européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 2000, p. 417.

²³⁹ E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 31. Notons, qu'à cette époque, cette double qualité de Membre ainsi reconnue à la Communauté et de ses États membres était encore peu répondue, mis à part les cas particuliers de la Banque Européenne de reconstruction et de Développement (BERD) et l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (ONUAA), plus connue sous le sigle anglais, FAO (*Food and Agriculture Organization of the United Nations*). Voir l'intervention du Professeur Geneviève Burdeau, à la table ronde consacrée à « La Communauté européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 417). Pour en savoir plus sur la participation actuelle et le statut de l'Union (l'ex-Communauté) dans les enceintes internationales, voir E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 116-118 ; A. Hervé, « La participation de l'Union européenne aux instances de la gouvernance économique Mondiale », 2009, p. 15. Disponible en ligne à l'adresse suivante: http://sites.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Alan_Herv%C3%A9.pdf (Consulté le 26 janvier 2017).

²⁴⁰ À ce sujet, voir *supra*, §40. À titre de rappel historique, la dénomination « Communauté européenne » a déjà remplacé celle de « Communauté économique européenne » (CEE) le 1^{er} novembre 1993. L'adjectif « économique » a été retiré de son nom par le Traité de Maastricht en 1992. Pour un historique sur le fondement de l'Europe, voir G. Soulier, « Union Européenne – Histoire de la construction européenne », *JurisClasseur Droit international*, actualisé par Olivier Descamps, 10 décembre 2012, fasc. 161-1.

membres²⁴¹. C'est même, à ce jour, la seule organisation internationale qui bénéficie d'un tel statut au sein de l'OMC²⁴². Dans ce contexte, il est davantage pertinent d'aborder la question de savoir qui a le droit d'agir en matière de règlement des différends dans le cadre de l'OMC dans le nouveau domaine des ADPIC, est-ce l'Union européenne et/ou ses États membres ?

B. Le titulaire du droit d'agir en matière de règlement des différends dans le domaine des ADPIC : l'Union européenne et/ou ses États membres ?

64. Comme mentionné précédemment, l'OMC a reconnu la qualité de Membre de l'OMC à la fois à la Communauté européenne (Union européenne aujourd'hui) et à ses États membres. Si cette représentation plurielle ne posait pas foncièrement de problème au niveau international pour cet ensemble, elle en soulevait en revanche sur le plan interne de l'Europe, notamment en ce qui concerne le nouveau domaine de la propriété intellectuelle. Le débat se cristallisait plus particulièrement sur la question de la compétence. Plus exactement, il s'agit de savoir qui a la compétence exclusive en matière des ADPIC et, par voie de conséquence, la compétence d'agir dans le cadre du nouveau système de règlement des différends de l'OMC : la Communauté européenne ou ses États membres ? Ou les deux simultanément ?

65. Bien évidemment, la réponse à cette question ne relève pas de l'OMC, mais de la sphère interne de l'Europe²⁴³. C'est en effet à l'intérieur de ce niveau qu'on tranche la question de la délimitation des compétences respectives de la Communauté européenne et de ses États membres pour exercer les compétences requises par la qualité de Membre de l'OMC, notamment en matière de règlement des différends. Cette question a été fondamentale à l'époque de la conclusion de l'Uruguay Round et la création de l'OMC, en raison de conflit interne au sein de l'Europe. Si, aujourd'hui, notamment depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009²⁴⁴, cette question est définitivement résolue, il n'est pas sans intérêt de rappeler l'essentiel du débat sur la question de la compétence, qui a tant

²⁴¹ Qui sont aujourd'hui au nombre de vingt-huit. Ces États membres sont l'Allemagne (1952), l'Autriche (1995), la Belgique (1952), la Bulgarie (2007), Chypre (2004), la Croatie (2013), le Danemark (1973), l'Espagne (1986), l'Estonie (2004), la Finlande (1995), la France (1952), la Grèce (1981), la Hongrie (2004), l'Irlande (1973), l'Italie (1952), la Lettonie (2004), la Lituanie (2004), le Luxembourg (1952), Malte (2004), les Pays-Bas (1952), la Pologne (2004), le Portugal (1986), la République tchèque (2004), la Roumanie (2007), le Royaume-Uni (1973), la Slovaquie (2004), la Slovénie (2004) et la Suède (1995). Suite au référendum du 23 juin 2016 en faveur du Brexit, le Royaume-Uni a prévu de quitter l'Union européenne, probablement d'ici 2020. Voir le site officiel de l'Europe : http://europa.eu/about-eu/countries/index_fr.htm

²⁴² O. Blin, « OMC et imputabilité : le cas de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 183.

²⁴³ Voir l'intervention du Professeur Geneviève Burdeau à la table ronde consacrée à « La Communauté européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, pp. 417- 418.

²⁴⁴ Voir *supra*, §40.

tourmenté la Communauté européenne depuis son adhésion au côté de ses États membres dans le système commercial multilatéral.

66. Le débat a été entrouvert par l’Avis 1/94 de la Cour de justice des Communautés européennes²⁴⁵. Brièvement, la délimitation de la compétence communautaire conventionnelle a été en effet mise entre parenthèse pendant les négociations de l’Uruguay Round, mais elle a toutefois ressurgi au moment de conclure l’Acte final²⁴⁶. Des divergences étaient en effet apparues entre, d’une part, le Conseil et la Commission et, d’autre part, au sein même du Conseil, sur la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres pour les nouvelles matières couvertes par l’Accord instituant l’OMC²⁴⁷. Les désaccords se sont cristallisés plus particulièrement sur les nouveaux accords : l’Accord sur le commerce des services (AGCS) et l’Accord sur les ADPIC. C’est dans ce contexte que la Commission a présenté sa demande d’avis à la Cour de justice²⁴⁸. Or, la Cour n’a pas retenu les thèses avancées par la Commission qui prônaient la compétence exclusive dans le chef de la Communauté pour conclure l’Accord sur les ADPIC²⁴⁹. Précisément, la Cour a estimé que la Communauté n’avait pas, à l’exception des dispositions relatives à l’interdiction de la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon, de compétence exclusive pour conclure l’Accord sur les ADPIC²⁵⁰, affirmant que celui-ci faisait l’objet d’une compétence partagée entre la Communauté européenne et ses États membres²⁵¹.

²⁴⁵ CJCE, 15 novembre 1994, Avis 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, Rec., p. I-5267 (ci-après, Avis 1/94).

²⁴⁶ Voir C. Schmitter, « La communauté européenne et l’Uruguay Round : incertitudes et faiblesses », *Europe*, juin 1994, chronique 5, p. 1.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Au titre de l’article 228 paragraphe 6 du Traité de Rome. La saisine a eu lieu précisément, le 6 avril 1994, soit quelques jours avant la date prévue pour la signature de l’Accord OMC, mais quelques semaines après l’approbation de l’Acte final par le Comité des négociations commerciales. Voir D. Simon, « La compétence de la Communauté européenne pour conclure l’accord OMC : l’Avis 1/94 de la Cour de justice », *Europe*, chronique 9, décembre 1994, p. 1 ; J. Auvret-Finck, « Jurisprudence. Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, avril-juin 1995, n°2, p. 322.

²⁴⁹ En effet, la Commission prétendait que la Communauté disposait, pour conclure l’Accord sur les ADPIC, d’une compétence exclusive au titre de l’article 113 TCE (devenu 133 TCE avec le Traité d’Amsterdam – puis modifié redevenant l’actuel article 207 TFUE) relatif à la politique commerciale commune, ou subsidiairement au titre des pouvoirs explicites de la Communauté. Sur les réponses de la Cour de justice à ces thèses défendues par la Commission, voir l’Avis 1/94, *précité*, points 54-72 et 99-105.

²⁵⁰ Voir les points 99-104 de l’Avis 1/94. En effet, la Cour s’est majoritairement rangée aux positions exprimées par le Conseil, retenant que « les DPI ne porte pas spécifiquement sur les échanges internationaux: ils touchent tout autant et sinon plus au commerce interne qu’au commerce international » (point 57 de l’Avis 1/94 *précité*). Ainsi, seule la section IV de la partie III de la l’Accord ADPIC, relative aux moyens de faire respecter les DPI, entre dans le champ de la politique commerciale commune. Il s’agit là d’un brusque coup d’arrêt à la jurisprudence constructive de la Cour sur l’étendue de la politique commerciale commune. Notamment celle connue dans ses Avis 1/75 (du 11 novembre 1975, Rec. p.1355) et 1/78 (du 4 novembre 1979, Rec.p. 2871), qui donnent une interprétation extensive de la politique commerciale commune. À ce sujet, voir V. Ruzek, *L’action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 45. Pour une analyse détaillée des positions du Conseil, de la Commission et des États

67. Cette affirmation d'une compétence partagée entre la Communauté et ses États membres en matière de propriété intellectuelle est très problématique car elle n'est pas sans conséquence sur le recours aux procédures de règlements des différends de l'OMC²⁵². En effet, sur le plan juridique, les uns comme les autres étant Membres à part entière de l'OMC, et aucun ne bénéficiant d'une compétence exclusive en la matière²⁵³. De fait, la Communauté et ses États membres sont également fondés à demander l'ouverture d'une procédure de règlement des différends au titre du Mémoire d'accord dans le domaine de l'Accord sur les ADPIC identifié comme partagé par l'Avis 1/94 de la Cour de Justice. Erwan Berthelot estime que ce dualisme de compétence pour déclencher la procédure de règlement des différends de l'OMC, « ne sert ni les intérêts de la Communauté, ni ceux des États membres, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas toujours la capacité de s'imposer individuellement dans le cadre d'un différend international. De plus, de telles actions risqueraient de porter atteinte à la cohésion communautaire. Enfin, la Communauté ne saurait, elle non plus, se passer du soutien des États membres dans la conduite d'une telle procédure »²⁵⁴.

Ces craintes ont d'ailleurs été exprimées par la Commission européenne, lors de l'audition concernant l'Avis 1/94. La Commission, qui prônait, il convient de le rappeler, la compétence exclusive dans le chef de la Communauté pour conclure l'ADPIC, a attiré l'attention de la Cour sur les difficultés pratiques qui résulteraient, sur le plan de la gestion des

membres ainsi que du raisonnement de la Cour notamment l'approche restrictive retenue de la politique commerciale commune, voir parmi les nombreux commentaires : J. Auvret-Finck, « Jurisprudence. Cour de Justice des Communautés européennes », *op.cit.*, pp. 322-336 ; C. Schmitter, « La communauté européenne et l'Uruguay Round: incertitudes et faiblesses », *op.cit.*, pp. 1-5 ; D. Simon, « La compétence de la Communauté européenne pour conclure l'Accord OMC : l'Avis 1/94 de la Cour de justice », *op.cit.*, pp. 1-3 ; V. Constantinesco, « Compétences externes de l'Union européenne », *Journal du Droit International*, 1995, n°2, pp. 412-419 ; J. Bourgeois, "The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94 : an Echnernach Procession", *Common Market Law Review*, 1995, n°32, pp. 763-787 ; M. Hilf, "The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO- No Surprise but Wise? -", *European Journal of European Law*, 1995, vol.6, pp. 245-259, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ejil.org/pdfs/6/1/1293.pdf> (consulté le 27 février 2016).

²⁵¹ Voir le point 105 de l'Avis 1/94 précité. La raison pour laquelle on dit que l'Accord sur les ADPIC est un « accord mixte », relevant de la compétence partagée de la Communauté européenne et de ses États membres. Voir J-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, p. 48. Sur cette compétence partagée, voir J. Dutheil de La Rochère, « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, août-septembre 1995, n°390, pp. 461-470 ; L. Burgogue-Larsen, « À propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, n°2, pp. 373-390.

²⁵² On sait que la compétence exclusive de la Communauté européenne pour négocier et conclure des accords internationaux s'entend aussi comme étant la compétence pour en assurer l'application et recourir si besoin au système de règlement des différends à cet effet. E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, pp. 92 et 95.

²⁵³ À l'exception des dispositions relatives à l'interdiction de la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon que la Cour a identifié comme relevant de la politique commerciale commune donc de la compétence exclusive de la Communauté. Voir *supra*, §66.

²⁵⁴ E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 105.

accords, de la reconnaissance d'une compétence partagée de la Communauté et des États membres, lesquelles entraîneraient grandement à miner l'unité de l'action de la Communauté vis-à-vis de l'extérieur et à affaiblir la force de négociation de la première puissance commerciale²⁵⁵. Si l'argument de la Commission a été rejeté²⁵⁶, il n'est cependant pas resté sans impact sur la Cour qui a solennellement rappelé que dans la gestion des accords relevant de la compétence partagée entre la communauté et ses États membres, une obligation de coopération étroite s'impose entre ces derniers et les institutions communautaires²⁵⁷. Cette obligation de coopération découle comme le relève la Cour de « *l'exigence d'une unité de représentation internationale de la Communauté* »²⁵⁸.

68. Quoi qu'il en soit, pour la Commission, l'Avis 1/94 a été très sévère, alors qu'elle pensait avoir le droit de son côté²⁵⁹. Ne se déclarant pas vaincue, la Commission présenta, lors de la réunion du Conseil des ministres du 22 mai 1995, un projet de Code de conduite²⁶⁰ « *qui faisait d'elle le maillon fort* » d'une action communautaire au sein du

²⁵⁵ Avis 1/94 précité, point 106.

²⁵⁶ *Ibid.*, point 107.

²⁵⁷ *Idem.*, point 108. Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, pp. 72-73.

²⁵⁸ Avis 1/94, point 108 (citant les références des Avis 1/78 et 2/91). La Cour a insisté sur le caractère pressant de ce devoir de coopération, selon ses termes « *ce devoir de coopération s'impose de façon d'autant plus impérieuse dans le cas d'accords comme ceux annexés à l'Accord OMC, entre lesquels existe un lien indissociable, et au vu du mécanisme de rétorsion croisée que met en place le Mémoire d'accord concernant le règlement des litiges. Ainsi, à défaut de coopération étroite, dans l'hypothèse où un État membre, dans sa sphère de compétence, aurait été dûment autorisé à prendre des mesures de rétorsion mais estimerait qu'elles seraient inefficaces si elles étaient prises dans les domaines couverts par le GATS ou par le TRIPS, il ne disposerait pas, au regard du droit communautaire, du pouvoir de prendre des mesures de rétorsion dans le domaine du commerce des marchandises, puisque cette matière relève, en tout état de cause, de la compétence exclusive que détient la Communauté au titre de l'article 113 du traité. Inversement, à défaut de la même coopération étroite, si la Communauté obtenait le droit de rétorsion dans le domaine des marchandises mais s'estimait incapable de l'exercer, elle se trouverait dans l'impossibilité juridique de prendre des mesures de rétorsion dans les domaines couverts par le GATS et le TRIPS, qui relèveraient de la compétence des États* » (Avis 1/94 précité, point 109).

²⁵⁹ J.-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, p. 48.

²⁶⁰ À vrai dire, la conclusion d'un code de conduite régissant l'action communautaire au sein de l'OMC avait été avancée bien avant l'Avis 1/94 de la Cour. Cependant, les conclusions de la Cour de justice reconnaissant l'existence de compétences partagées pour l'essentiel du commerce relatif aux services et aux droits de propriété intellectuelle ont rendu ce code de conduite plus que jamais nécessaire qu'il n'apparaissait auparavant. C'est ainsi, qu'à l'été 1994, la Commission européenne a pris l'initiative d'élaborer un code de conduite précisant les modalités de coopération entre la Communauté et ses États membres dans les domaines de compétence partagée gérés par l'OMC. Sur ce code de conduite, voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, §§13 et 14.

système de règlement des différends de l'OMC²⁶¹. Toutefois, l'initiative du projet s'est aussi soldée par un échec pour la Commission²⁶².

69. Avec les conclusions de l'Avis 1/94 de la Cour de justice qui ne retient qu'une inclusion très parcellaire des droits de propriété intellectuelle dans le champ de la politique commerciale commune²⁶³, conjugué à l'échec du code de conduite, il fallait donc persister sur un autre terrain plus probant que celui enfermé sur un simple arrangement interinstitutionnel²⁶⁴. C'est ainsi, que le débat de l'étendue de la compétence de la Communauté aux droits de la propriété intellectuelle²⁶⁵ est renvoyé sur le terrain politique par la mise en route d'un processus d'extension de la politique commerciale commune (PCC)²⁶⁶. Ce processus a commencé par le Traité d'Amsterdam, puis s'est poursuivi, voire amplifié avec le Traité de Nice et enfin définitivement consacré avec l'actuel Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009²⁶⁷.

²⁶¹ F. Gouttefarde, « Les Communautés européennes au sein du Système de règlement des différends de l'OMC : politique juridique cohérente ou gestion au cas par cas », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007, Université Robert Schuman, Presse Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 187.

²⁶² En effet, ce projet n'a pas reçu le soutien des États membres qui contestaient pour l'essentiel deux aspects : le premier tenant à l'absence d'un droit de parole reconnu aux représentants des États membres dans les instances de l'OMC et le second se rapportant à l'impossibilité d'une utilisation nationale de la procédure de règlement des différends de l'OMC (voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 16). En ce qui concerne le deuxième aspect, certains États membres, tout particulièrement la France, ont vivement critiqué le monopole d'action que la Commission s'est octroyée. Ceux-ci souhaitaient qu'un droit d'action individuel de saisine leur soit reconnu dès lors que la recherche d'un consensus se serait révélée infructueuse et qu'un intérêt national serait en cause (voir O. Blin, « La stratégie communautaire dans l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, Janvier – Février – Mars 2006, p. 104).

²⁶³ En effet, limitée aux mesures de lutte contre la contrefaçon (Avis 1/94 précité). Cet Avis a, d'ailleurs, été confirmé peu après par l'Avis 2/92 (CJCE, 24 mars 1995, Rec. p.521). Pour un commentaire, voir T. Flory et F.-P. Martin, « Remarques à propos des Avis 1/94 et 2/92 de la Cour de justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune », *Cahiers de Droit Européen*, 1996, pp. 379-400.

²⁶⁴ En ce sens, O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 13.

²⁶⁵ C'est-à-dire, d'un titre à agir sur la scène internationale, conféré par ses États membres en matière de droits de propriété intellectuelle. En effet, il y a lieu de préciser qu'à la différence des États, la Communauté ne dispose pas de la plénitude de la compétence. Elle est au contraire régie par le principe d'attribution des compétences. Des ouvrages sont d'ailleurs consacrés à cette action, voir entre autres V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, pp. 34 et s ; E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, *op.cit.*, pp. 19-111.

²⁶⁶ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 46. À ce propos, il est important de noter que la délimitation du contenu de la politique commerciale commune est tout à fait centrale car elle permet de déterminer le titulaire de la compétence pour agir dans le champ des échanges internationaux, notamment, celle de recourir si besoin au système de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Voir O. Blin, « L'apport de la Constitution européenne à la politique commerciale de l'Union », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2005, n°485, p. 92 ; E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 95.

²⁶⁷ Ce Traité de Lisbonne reprend entièrement l'acquis du Traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004 qui n'a pas reçu la ratification par tous les membres signataires.

Plus précisément, le Traité d'Amsterdam, qui a été signé en 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999²⁶⁸, a permis d'ajouter un paragraphe 5 à l'article 113 TCE existant²⁶⁹, devenu article 133. Ainsi, en vue de renforcer l'unité de la représentation internationale de la Communauté²⁷⁰, le nouvel article 133:5 disposait que « *le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut étendre l'application des paragraphes 1 à 4 aux négociations et accords internationaux concernant les services et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ils ne sont pas visés par ces paragraphes* »²⁷¹. Cette disposition permet en effet une certaine extension du champ d'application de la politique commerciale commune, et par conséquent, de la compétence communautaire exclusive²⁷². Il y aurait là pour la Communauté une possibilité de se voir reconnaître une compétence exclusive pour la gestion des procédures de règlement des différends à l'OMC²⁷³. Certains, ont toutefois émis des doutes quant à l'impact réel de cette réforme sur l'unité de représentation externe de la Communauté notamment du fait que cette extension de compétence doit faire l'objet d'une habilitation à l'unanimité de la part du Conseil²⁷⁴. D'ailleurs, ce paragraphe n'a jamais été mis en œuvre²⁷⁵. En effet, « *exiger l'unanimité pour une décision aussi sensible relève de la tartufferie juridique* » comme l'a indiqué Vincent Ruzek²⁷⁶.

²⁶⁸ Adopté au Conseil européen d'Amsterdam les 16 et 17 juin 1997 et signé le 2 octobre 1997, le Traité d'Amsterdam est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Pour plus d'informations, voir le site officiel de l'Union européenne : http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/amsterdam_treaty_fr.htm

²⁶⁹ Qui constitue la disposition clé pour la Communauté européenne en matière de politique commerciale. Voir O. Blin, « L'article 113 après Amsterdam », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998, n°420, p. 447.

²⁷⁰ E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 95.

²⁷¹ Avec ce nouveau paragraphe du traité d'Amsterdam, le souci de rigueur juridique de l'Avis 1/94 de la Cour de Justice a ainsi été partiellement neutralisé. Voir L. Sermet « Actualité de l'adhésion de la Communauté européenne aux organisations internationales et aux traités », *Annuaire Français de Droit International*, 1997, vol. 43, p. 677.

²⁷² E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 95.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 95-96. En effet, avec ce nouveau paragraphe 5 de l'article 113 (devenu l'article 133 du Traité d'Amsterdam), c'est un pas en avant en faveur de la Commission. Voir L. Sermet, « Actualité de l'adhésion de la Communauté européenne aux organisations internationales et aux traités », *op.cit.*, p. 684.

²⁷⁴ E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 96.

²⁷⁵ Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 70 ; O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 27. Pour une vision globale, voir également O. Blin, « L'article 113 après Amsterdam », *op.cit.*, p. 44-456 ; E. Neframi, « Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le Traité d'Amsterdam: le maintien du statu quo et l'unité de la représentation internationale de la Communauté », *Cahiers de Droit Européen*, 1998, pp. 137-159.

²⁷⁶ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 70.

Le Traité de Nice, signé en 2001 et entré en vigueur en février 2003²⁷⁷, est allé plus loin en incluant directement les accords concernant les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle dans le champ de la politique commerciale commune. En effet, le paragraphe 5 de l'article 133 existant a été modifié. Son premier alinéa stipule dorénavant que les dispositions des « *paragraphes 1 à 4 s'appliquent également à la négociation et à la conclusion d'accords dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* »²⁷⁸. De plus, l'application de ce paragraphe ne dépend plus d'une décision à l'unanimité du Conseil comme c'était le cas dans le Traité d'Amsterdam²⁷⁹, mais de la majorité qualifiée²⁸⁰. Ainsi, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle sont ainsi définitivement transférés à la Communauté européenne qui dispose dorénavant d'une compétence exclusive en la matière au titre de la politique commerciale commune²⁸¹. Aussi, il est important de relever qu'il est même prévu dans le paragraphe 7 de l'article 133 TCE la possibilité pour le Conseil, statuant toutefois à l'unanimité, d'inclure dans le champ de la PCC des accords portant sur les DPI qui ne relèvent pas du paragraphe 5. En d'autres termes, cela signifierait que les accords qui portent sur des

²⁷⁷ Adopté à l'issue du Conseil européen de Nice en décembre 2000 et signé le 26 février 2001, le Traité de Nice est entré en vigueur le 1er février 2003. Voir le site officiel de l'Union européenne : http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/nice_treaty_fr.htm (consulté le 16 janvier 2016).

²⁷⁸ Caractères gras ajoutés.

²⁷⁹ E. Neframi, « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », *Cahiers de Droit Européen*, 2001, p. 620.

²⁸⁰ L'article 133 §4 résultant du Traité de Nice.

²⁸¹ Voir E. Neframi, « La politique commerciale commune selon le Traité de Nice », *op.cit.*, p. 621 ; O. Blin, « La stratégie communautaire dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 97. Toutefois, cette extension de la compétence de la Communauté européenne aux droits de la propriété intellectuelle s'est accompagnée d'une série de dérogations qui constituent autant d'entorses à son action extérieure en cette matière (à ce sujet, voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, pp. 54-55). Ces précautions apparaissent clairement à l'analyse du champ de la politique commerciale d'une part et de la consécration d'hypothèse de vote à l'unanimité en cette matière d'autre part. En effet, s'agissant du champ de la politique commerciale, cette l'exclusivité des compétence externes au titre de la PCC est tempérée par alinéa 4 de l'article 133§5 qui prévoit que de tels accords ne font pas obstacle à la compétence parallèle des États membres qui sont, en ces domaines, autorisés à conclure ou maintenir des accords avec des pays tiers ou des organisations internationales, pourvu qu'ils respectent le droit communautaire et les accords internationaux pertinents (Traité CE, art. 133, § 5, alinéa 4). Quant au deuxième aspect, la règle du recours à la majorité qualifiée (article 133 §4 résultant du traité de Nice) dans la politique commerciale commune, est tempérée par l'alinéa 2 de l'article 133§5 TCE, qui prévoit en effet que le Conseil statue à l'unanimité pour la négociation et la conclusion d'un accord dans ces domaines : lorsque cet accord comprend des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes, ou lorsqu'un tel accord porte sur un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore exercé, en adoptant des règles internes, ses compétences en vertu du présent traité. Pour une étude plus approfondie sur ces limites, voir en particulier V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, pp. 55-68, et de manière générale A. Thillier, « Politique commerciale commune », *JurisClasseur Europe*, 1^{er} janvier 2007, fasc. 2300, § 50 ; O. Blin « La stratégie communautaire dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 97-100.

aspects non commerciaux des droits de propriété intellectuelle en faisaient implicitement partie²⁸².

Le Traité instituant une Constitution pour l'Europe a quant à lui procédé à une modification assez substantielle de l'ex-article 133 TCE tel qu'il résultait du Traité de Nice que l'on retrouve sous la numérotation de l'article III-315 (1)²⁸³. Malgré cette grande refonte, ce Traité n'a pas reçu la ratification de tous les membres signataires, mais il a toutefois été repris pour l'essentiel à l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) résultant du Traité de Lisbonne qui est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009²⁸⁴. En somme, en l'état actuel, si la compétence exclusive de l'Union au titre de la politique commerciale commune²⁸⁵ couvre toujours, comme cela a déjà été le cas dans le Traité précédant de Nice, les « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* »²⁸⁶, elle a toutefois été grandement simplifiée²⁸⁷. En ce qui concerne le paragraphe 7 de l'article 133 TCE qui permettait au Conseil, statuant à l'unanimité, d'étendre le champ de la politique commerciale commune aux aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle, il n'a cependant pas été reconduit²⁸⁸, ce qui signifie, à contrario, que les aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle seraient définitivement exclus du champ d'application de la politique commerciale commune de l'Union européenne²⁸⁹. Ainsi, pour tous les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive²⁹⁰. Elle intervient au sein de l'OMC et de son système de règlement des différends, en tant qu'acteur unique, représentée par la Commission²⁹¹.

²⁸² Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 47.

²⁸³ Pour un commentaire de cette disposition, voir O. Blin, « L'apport de la Constitution européenne à la politique commerciale de l'Union », *op.cit.*, pp. 89-100.

²⁸⁴ O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 30.

²⁸⁵ L'article 3, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁸⁶ L'article 207§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 133 TCE).

²⁸⁷ Voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 62.

²⁸⁸ Voir A. Thillier, « Politique commerciale commune », *op.cit.*, §56.

²⁸⁹ O. Blin, « L'apport de la Constitution européenne à la politique commerciale de l'Union », *op.cit.*, p. 95.

²⁹⁰ Toutefois, malgré ces nouveautés et les clarifications explicites du champ de la politique commerciale apportées par le Traité de Lisbonne, le débat sur la compétence exclusive de l'Union européenne dans le domaine de l'Accord sur les ADPIC n'est toujours pas clos. En effet, dans une récente affaire *Daiichi Sankyo* (CJUE, 18 juillet 2013, *aff. C-414/11, Daiichi Sankyo Co. Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH/ DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*) la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle dans laquelle elle devait déterminer, entre autres, si l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, qui détermine le cadre de la protection des brevets, relève ou non d'un domaine pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal. L'affaire porte essentiellement sur la mesure dans laquelle le domaine régi par l'Accord sur les ADPIC relève aujourd'hui après le Traité de Lisbonne de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale en tant qu'« *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* » (paragraphe 1 de l'article 207 du TFUE). En l'espèce, pour la Commission, ce domaine

70. En somme, si depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, le titulaire du droit d'agir en matière de règlements des différends est bien identifié, il est toutefois intéressant de voir comment les Communautés européennes ont su surmonter les difficultés du partage de compétence avec ses États-membres dans le domaine de la propriété intellectuelle durant les premières années du fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC.

C. La pratique de l'utilisation du système de règlement des différends par l'Europe durant ses premières années du fonctionnement

71. Comme évoqué précédemment, durant les premières années de la création de l'OMC en 1995 et l'octroi à la Communauté européenne, comme à chacun de ses États membres, de statut de Membre à part entière au sein de la nouvelle organisation, le nouveau domaine des ADPIC faisait encore partie, sur plan interne de l'Europe, des compétences partagées entre la Communauté européenne et ses États membres selon l'Avis 1/94²⁹². Ce partage de compétence était problématique²⁹³ mais malgré cela, la Communauté européenne,

entre entièrement, presque par définition, dans le champ de cet article. Pour les États intervenants, au contraire, seul un examen au cas par cas de la teneur des différents éléments de l'accord permettra éventuellement de qualifier leur « aspect commercial ». En tout état de cause, pour ces derniers, l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC n'a pas cette qualité (voir les Conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalón, Affaire C-414/11, présentées le 31 janvier 2013, point 40, disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CC0414:FR:HTML> (consulté le 12 janvier 2016)). Sur la notion d'« aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », la Cour a répondu que les normes contenues dans l'Accord sur les ADPIC relèvent de la politique commerciale commune et donc de la compétence exclusive de l'Union européenne, étant donné leur lien avec les échanges internationaux, condition essentielle pour relever de la notion d'« aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » (Arrêt *Daiichi Sankyo*, précité, points 52 à 54). La Cour de justice a ajouté par ailleurs que les auteurs du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'ont pas pu ignorer que les termes ainsi insérés dans l'article 207, paragraphe 1, correspondent quasi littéralement au titre même de l'Accord sur les ADPIC (*ibid.*, point 55). Au final, la Cour a conclu que l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC relève du domaine de la politique commerciale commune (*idem.*, point 61). Une conclusion qui diffère totalement de celle de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón pour qui l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC relève d'un domaine pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal. Voir les Conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón, Affaire C-414/11, présentées le 31 janvier 2013, point 122.

²⁹¹ S. Mendonça, « L'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce », Fiche technique sur l'Union européenne, 2017, p. 3, disponible en ligne : http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_6.2.2.pdf (consulté le 12 janvier 2017). La Commission européenne consulte le conseil et le parlement européen et leur fait régulièrement rapport. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Conseil et le Parlement sont colégislateurs et sont placés sur un pied d'égalité en ce qui concerne les questions commerciales internationales (*ibid.*, pp. 3-4).

²⁹² A l'exception des dispositions visant la lutte contre la contrefaçon qui faisait partie des compétences exclusives de la communauté européenne. Voir *supra*, §66.

²⁹³ En effet, comme nous l'avons précédemment exposé, cette période était caractérisée par l'existence d'un flou juridique persistant en raison, d'une part, de l'absence de « code de conduite » pour régir l'action de l'Europe devant le système de règlement des différends et, d'autre part, de l'incertitude quant à la mise en œuvre de la clause de passerelle prévue à l'article 133§5 résultant du Traité d'Amsterdam, qui confère au Conseil la

via la Commission européenne, a su jouer un rôle important à titre défensif comme à titre offensif devant le système de règlement des différends de l'OMC dans le domaine des ADPIC, même si elle ne disposait pas de la compétence exclusive de son action²⁹⁴. En fait, sa gestion du processus dans ce domaine partagé s'est organisée en pratique de manière pragmatique²⁹⁵.

Sur le plan offensif, la Commission européenne a su habilement exploiter le système de règlement des différends dans le sens de la consolidation des compétences communautaires en matière de propriété intellectuelle²⁹⁶. En effet, même si les États membres de la Communauté n'ont pas renoncé explicitement à l'exercice individuel de leur droit de recours à l'OMC, la Commission était le dépositaire exclusif de leurs intérêts dans le système de règlement des différends²⁹⁷. Comme le montre le tableau n°2 ci-dessous, hormis un cas dans lequel la demande de consultations était adressée par la Commission européenne et l'Italie au Japon²⁹⁸, toutes les demandes d'ouverture de consultations avec les pays tiers ont été adressées par la Commission européenne, accompagnées toutefois de la mention « *au nom de la Communauté européenne et de ses États membres* »²⁹⁹. Cependant, en 2008, dans l'affaire *Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs*

compétence pour décider de l'application dudit article au volet externe de la matière de la propriété intellectuelle (voir *supra*, §64 et s). Pour autant, on ne peut pas dire non plus qu'il n'existait aucun cadre juridique pour régir les relations entre la Communauté et les États membres. Il en existait bien un et il résidait, en effet, dans l'obligation de coopération auxquelles sont soumis les États vis-à-vis des institutions communautaires (solution de la Cour adoptée dans son Avis 1/94, point 108, déduite de l'exigence d'unité et de cohérence de la représentation internationale de la Communauté). Toutefois, les imprécisions quant aux modalités éventuelles de la coopération, empêchaient de se prononcer sur la portée et les conséquences à tirer de cette obligation (E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, pp. 112-113).

²⁹⁴ À l'exception, rappelons-le, des dispositions visant la lutte contre la contrefaçon qui faisait partie des compétences exclusives de la Communauté européenne. Voir *supra*, § 66.

²⁹⁵ Voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, §74 ; E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p. 110.

²⁹⁶ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 119. Selon l'auteur, « l'existence d'une compétence exclusive dans la plupart des domaines administrés par l'OMC produit en quelque sorte un « effet de levier » favorable au plein exercice des compétences externes en matières de DPI » (*ibid.*, p. 117).

²⁹⁷ *Idem.*, p. 119 ; F. Gouttefarde, « Les Communautés européennes au sein du Système de règlement des différends de l'OMC : politique juridique cohérente ou gestion au cas par cas », *op.cit.*, p. 189.

²⁹⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/1, IP/D/4, 4 juin 1996. Il y a lieu de souligner que c'était d'ailleurs le premier différend que portait l'Europe au titre de l'Accord sur les ADPIC.

²⁹⁹ Voir les demandes de consultations présentées dans les différends suivants : *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (document WT/DS79/1, IP/D/7, 6 mai 1997) ; *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (document WT/DS114/1, IP/D/11, G/L/221, 12 janvier 1998) ; *États-Unis — Article 110 5) de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (document WT/DS160/1, IP/D/16, 3 février 1999) ; *États-Unis — Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (document WT/DS176/1, IP/D/20, 15 juillet 1999) et *États-Unis — Article 337 de la loi douanière de 1930 et modifications y relatives* (document WT/DS186/1, IP/D/21, 18 janvier 2000).

étrangers d'informations financières (WT/DS372), la Commission européenne a adressé l'ouverture de consultations avec la République populaire de Chine sans aucune mention de la dite phrase³⁰⁰. S'il en est ainsi, c'est parce que les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle étaient définitivement transférés à la Communauté européenne qui disposait avec l'entrée en vigueur du Traité de Nice le 1^{er} février 2003 d'une compétence exclusive en la matière, au titre de la politique commerciale commune³⁰¹.

Tableau n°2 : Les plaintes portées par l'Europe devant l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC (1995-2017)³⁰²

Numéro du dossier de l'affaire	Demande de consultations présentée par :	Titre de la mesure en cause	Défendeur	Date de l'ouverture des consultations
DS 42	La Délégation permanente de la Commission européenne et la Mission permanente de l'Italie	Mesures concernant les enregistrements sonores	Japon	28 mai 1996
DS 79	La Délégation permanente de la Commission européenne	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture	Inde	28 avril 1997
DS 114	La Délégation permanente de la Commission européenne	Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques	Canada	19 décembre 1997
DS 160	La Délégation permanente de la Commission européenne	Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur	États-Unis	26 janvier 1999
DS 176	La Délégation permanente de la Commission européenne	Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits	États-Unis	8 juillet 1999
DS 186	La Délégation permanente de la Commission européenne	Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives	États-Unis	12 janvier 2000

³⁰⁰ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, document WT/DS372/1, S/L/319, IP/D/27, 3 mars 2008.

³⁰¹ Comme précédemment exposé, cette compétence doit être comprise comme conférant à la Communauté européenne une compétence exclusive pour entreprendre toutes les actions relevant de la politique commerciale commune dans les domaines couverts par celle-ci, ce qui inclut le déclenchement et la gestion d'une procédure de règlement des différends. Voir *supra*, §69.

³⁰² Nous verrons dans nos prochains développements comment les Communautés européennes ont défendu leurs intérêts (en tant que partie plaignante) devant les organes de règlement des différends dans les affaires suivantes : WT/DS79, WT/DS114, WT/DS160, WT/DS176.

DS 372	La délégation des Communautés européennes	Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières	Chine	3 mars 2008
--------	---	--	-------	-------------

Source : liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC.

Avec la même énergie, la Commission européenne a su aussi s'impliquer à titre défensif durant cette période problématique. En effet, même si les demandes de consultations ont été adressées directement et exclusivement aux États membres de la Communauté, la Commission a tenu à défendre les intérêts de ces États poursuivis pour violation de l'Accord sur les ADPIC³⁰³. Tel était le cas des différends qui ont opposé les États-Unis respectivement au Danemark³⁰⁴ et à la Suède³⁰⁵ au sujet des *Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*. Dans ces affaires, la Commission a insisté pour participer aux négociations³⁰⁶, ce qui fut accepté après d'intenses discussions avec le Danemark et la Suède³⁰⁷. Finalement, ces négociations ont été couronnées de succès. Les solutions mutuellement satisfaisantes obtenues avec les États-Unis ont même été respectivement notifiées dans les deux affaires avec la mention « les Communautés européennes –

³⁰³ Sauf pour un cas : l'affaire *Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle*. En effet, on n'a trouvé aucune trace de l'implication de la Commission européenne dans ce contentieux. L'accord amiable a été trouvé entre les parties sans la participation de la Commission européenne, comme le prouve la notification de solution mutuellement satisfaisante, selon laquelle « *les gouvernement des États-Unis d'Amérique et du Portugal notifient à l'Organe de règlement des différends qu'ils ont élaboré une solution mutuellement satisfaisante pour régler la question soulevée par le gouvernement des États-Unis (...)* » (OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS37/2, IP/D/3/Add.1, 8 octobre 1996). Deux raisons pourraient sans doute expliquer l'absence de la Commission européenne dans cette affaire. La première tient du fait que l'affaire susmentionnée était la première affaire portée au titre de l'Accord sur les ADPIC contre un État membre de la Communauté européenne. Sans doute, ne sachant pas la stratégie à adopter, la Commission européenne a préféré le retrait. La deuxième raison prend tout simplement appui sur les termes de M. Hubert Lesaffre selon lesquels « *le comportement d'un État membre agissant dans un domaine qui ne relève pas d'une compétence exclusive de la Communauté ne serait susceptible d'engager que sa seule responsabilité* » (H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, op.cit., p. 205).

³⁰⁴ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS83/1, IP/D/9, 21 mai 1997.

³⁰⁵ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS86/1, IP/D/10, 2 juin 1997.

³⁰⁶ Il est clair que la menace de rétorsion croisées légitime ici l'intervention de la Commission européenne dans la résolution du litige. En ce sens, V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, op.cit., p. 120. Pour un développement plus détaillé sur ces mesures de rétorsion croisées dans le cadre européen, voir F.Gouttefarde, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, 2004, vol.17, pp. 33-80. Disponible à l'adresse suivante : http://rs.sqdi.org/volumes/17.2_-_gouttefarde.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

³⁰⁷ Voir C. Ní Chatháin, "The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?", *European Law Journal*, december 1999, vol. 5, issue 4, p. 473.

Danemark»³⁰⁸, et « les Communautés européennes – Suède »³⁰⁹. En outre, lorsqu'elle était mise en cause au côté d'un de ses États membres, la Communauté européenne n'a jamais tenté de se défaire sur un de ses membres pour alléguer de sa non responsabilité³¹⁰. Au contraire, il lui importait profondément qu'elle soit perçue sur la scène internationale, comme une entité homogène et cohérente³¹¹. C'est le cas de l'affaire relative aux *Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* en vigueur en Irlande, dans laquelle les États-Unis ont introduit une plainte d'abord contre la seule Irlande³¹² puis huit mois après contre la Communauté européenne³¹³. Finalement, une solution fut trouvée et notifiée d'ailleurs dans un seul document au terme duquel les « *les États-Unis d'Amérique, l'Irlande et les Communautés européennes notifient à l'Organe de règlement des différends qu'ils sont arrivés à une solution mutuellement satisfaisante de la question soulevée par le gouvernement des États-Unis* »³¹⁴. Il en est de même dans l'affaire relative aux *moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision* en Grèce. Les États-Unis ont déposé leurs plaintes d'abord contre la Communauté européenne³¹⁵ puis quatre

³⁰⁸ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS83/2, IP/D/9/Add.1, 13 juin 2001.

³⁰⁹ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS86/2, IP/D/10/Add.1, 11 décembre 1998.

³¹⁰ A. Hervé, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 113.

³¹¹ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 69.

³¹² OMC, *Demande de consultation présentée par les États-Unis, Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins*, WT/DS82/1, IP/D/8, 22 mai 1997.

³¹³ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins*, WT/DS115/1, IP/D/12, 12 janvier 1998. Pour certains, le choix d'une telle option est de nature tactique dans l'objectif de briser l'entité européenne. Voir O. Blin, « OMC et imputabilité : le cas de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 191. Après l'échec des consultations, deux demandes distinctes d'établissement d'un Groupe spécial ont été transmises à l'ORD (voir les deux demandes d'établissement d'un Groupe spécial présentées le 12 janvier 1998 par les États-Unis à l'ORD, concernant respectivement l'affaire *Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (document WT/DS82/2), et l'affaire *Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (document WT/DS115/2)). Mais, par la suite les États-Unis ont demandé à l'ORD qu'il soit établi un seul Groupe spécial pour examiner les deux plaintes qu'ils formulaient contre l'Irlande et les Communautés européennes. (ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard* le 22 janvier 1998, WT/DSB/M/41, 26 février 1998, §§3-4). Le représentant de la Communauté européenne a été ravi de cette démarche en ses termes : « *cette façon de procéder était opportune aux yeux des Communautés, car les deux demandes étaient identiques sur le fond. Elle était également opportune de leur point de vue car elle correspondait à leur organisation interne et à celle de leurs États membres en ce qui concernait le sujet considéré, c'est-à-dire l'Accord sur les ADPIC* » (*ibid.*).

³¹⁴ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (WT/DS82) et *Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (WT/DS115), WT/DS82/3, WT/DS115/3, IP/D/8/Add.1, IP/D/12/Add.1, 13 septembre 2002.

³¹⁵ La demande de consultation a été présentée par les États-Unis le 30 avril 1998. Voir le document WT/DS124/1, IP/D/13, 7 mai 1998.

jours plus tard contre la Grèce suite au comportement de cette dernière³¹⁶. Mais, finalement, un accord amiable fut trouvé entre les parties comme l'indique la notification de solution mutuellement satisfaisante selon laquelle « *les États-Unis d'Amérique, la Grèce et les Communautés européennes notifient à l'Organe de règlement des différends qu'ils sont arrivés à une solution mutuellement satisfaisante de la question* »³¹⁷. Aussi, il est significatif de relever que la Communauté européenne a su effectivement défendre ses intérêts dans les affaires où elle était directement et uniquement mise en cause, notamment quand le comportement est l'œuvre d'un organe communautaire³¹⁸. Il en a été ainsi à titre d'exemple pour les affaires portées respectivement par le Canada au sujet de *la protection des inventions dans le domaine des produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS153)³¹⁹ ; les États-Unis et l'Australie au sujet de *la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires dans les Communautés européennes* (respectivement WT/DS174 et WT/DS290). Si la première affaire n'a donné lieu à aucune suite formelle devant le système de règlement des différends, les deux autres ont toutefois fait l'objet d'une procédure devant le Groupe spécial³²⁰.

72. En somme, dans l'ensemble, la stratégie de la Communauté européenne a été couronnée de succès en matière de gestion de règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC. Cette expérience a ainsi démontré que les conséquences les plus néfastes que pouvait laisser envisager l'Avis 1/94 sur le déroulement de la procédure de règlement des différends ne se sont pas manifestées, et que l'on n'a assisté jusqu'à l'entrée en vigueur du

³¹⁶ La demande de consultations a été présentée par les États-Unis le 4 mai 1998. Voir le document WT/DS125/1, IP/D/14, 7 mai 1998.

³¹⁷ À ce propos, il importe d'observer que cette solution fut notifiée dans deux documents distincts, bien que leur contenu ait été identique : le document W/DS124/2, IP/D/13/Add.1, 26 mars 2001 (les Communautés européennes) ; le document WT/DS125 /2, IP/D/14/Add.1, 26 mars 2001 (la Grèce).

³¹⁸ Voir H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 197. Sur ce point, voir également O. Blin, « OMC et imputabilité: le cas de l'Union européenne », *op.cit.*, pp.187-189.

³¹⁹ Les accusations portées contre les Communautés européennes visaient en particulier le Règlement (CEE) n°1768/92 du Conseil et le Règlement (CE) n°1610/96 du Parlement européen et du Conseil. De l'avis du Canada, les Règlements (CEE) n°1768/92 et (CE) n°1610/96 sont incompatibles avec les obligations qui incombent aux CE de ne pas opérer de discrimination sur la base du domaine technologique, comme le prévoit l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, étant donné qu'ils ne s'appliquent qu'aux produits pharmaceutiques et aux produits chimiques pour l'agriculture. Toutefois, il est important de noter que le Canada avait conscience de la nature partagée du domaine, la raison sans doute a-t-elle précisé que la demande d'ouverture de consultations avec la Communauté européenne est faite « *en leur nom propre et au nom de leurs États membres* » (OMC, *Demande de consultations présentée par le Canada*, WT/DS153/1, IP/D/ 15, G/L/283, 7 décembre 1999).

³²⁰ Sur les suites de ces affaires, voir *infra*, §536 et s.

Traité de Nice le 1^{er} février 2003 à aucune crise qui aurait mis la Communauté et ses États membres dans l'impossibilité de faire face à la gestion du processus³²¹.

Section 2 : La situation des ressortissants des Membres de l'OMC victimes d'une violation de l'Accord sur les ADPIC

73. Dans le préambule de l'Accord sur les ADPIC, il est explicitement indiqué que « *les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés* »³²². Il est également explicitement précisé à l'article 3:1 que ces droits privés sont accordés aux « ressortissants » des Membres³²³. Pourtant, lorsque ces derniers se trouvent lésés par une violation de l'Accord sur les ADPIC par un Membre de l'OMC, ils n'ont pas la possibilité de faire valoir directement les droits qui leur sont explicitement conférés ni devant l'ORD ni même dans l'ordre juridique interne de certains Membres de l'OMC, comme l'Union européenne et les États-Unis (§1). Cependant, ces deux Membres ne sont pas, pour autant, hermétiques aux sensibilités de leurs entreprises privées, victimes de violation évidente de l'Accord sur les ADPIC par un Membre de l'OMC. Une voie d'accès indirecte au système de règlement des différends de l'OMC leur est spécifiquement ouverte à cet effet (§2).

§1. L'impossibilité pour les ressortissants de faire valoir directement leurs droits

74. Comme précédemment exposé, dans cadre de l'OMC le droit de porter plainte en vertu du Mémoire d'accord au titre de l'Accord sur les ADPIC est exclusivement réservé aux États et territoires douaniers distincts ayant le statut de Membre de l'OMC, à l'exclusion donc des ressortissants (personnes privées) des Membres qui sont pourtant les destinataires de l'accord. Ainsi, face à une violation de l'Accord sur les ADPIC par un Membre de l'OMC, ces ressortissants sont de fait démunis de moyens au niveau international puisqu'ils ne peuvent pas recourir à l'ORD (A).

³²¹ En ce sens, E. Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, *op.cit.*, p.113 ; O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 62.

³²² Le quatrième considérant du Préambule de l'Accord sur les ADPIC.

³²³ Voir l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC.

75. Le même constat d'impuissance s'impose aussi au niveau national puisque les textes de l'OMC ne mentionnent nulle part la possibilité pour les ressortissants d'invoquer directement l'Accord sur les ADPIC dans l'ordre juridique interne des Membres de l'OMC. En réalité, s'il en est ainsi, c'est en raison de l'opposition des États-Unis et de l'Union européenne à l'idée de l'invocabilité des Accords de l'OMC, lors des négociations de l'Uruguay Round³²⁴. Ces deux puissances ont même explicitement fait figurer dans leur acte de conclusion des Accords OMC une disposition excluant leur invocabilité dans leurs ordres juridiques internes³²⁵. Aux États-Unis, à travers, l'*Uruguay Round Agreement Act*, du 29 novembre 1994, Section 102 a (1), qui dispose que "*no provision of any of the Uruguay Round Agreements, nor the application of any such provision to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect*"³²⁶. En Europe, le Conseil de l'Union européenne a fait figurer dans le 11^{ème} considérant du préambule de la décision n°94/800/CE du 22 décembre 1994, la formule suivante : « *par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres* »³²⁷. Pour en rester dans le cadre européen, force est de constater que la position tranchée de la

³²⁴ La délégation Suisse a en effet proposé d'insérer une clause explicite prévoyant l'invocation directe des Accords de l'OMC. Mais, les États-Unis et la Communauté européenne se sont farouchement opposés à cette proposition. Voir M. Lickova, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC. Perspectives croisées*, Perspectives Internationales n°25, CERDIN Paris I, Paris, Pedone, 2006, p. 124.

³²⁵ À l'exception de ces deux grands blocs, on n'a pas d'information sur l'état du droit dans chacun des Membres de l'OMC concernant l'invocabilité des Accords de l'OMC. Cette question n'a jamais fait l'objet d'aucune étude exhaustive. Ce manque est d'ailleurs relevé par certains auteurs, voir Ch-E.Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, coll. Mondialisation et droit international, Bruylant, Yvons Blais, 2007, p. 468, note bas de page n°1443.

³²⁶ Pour un commentaire sur cette disposition, voir J.A. Wilson, "Section 102 of the Uruguay Round Agreements Act: "Preserving" State Sovereignty", *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter, 1997, vol.6, p. 401. Voir *Uruguay Round Agreement Act*, 19 U.S.C. Section 3512(a) (1), 2002.

³²⁷ La décision n°94/800/CE du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), JOCE 1994, n°L336, 31 décembre 1994, p. 1. Cette formule témoigne à vrai dire d'une intention politique de vouloir s'aligner sur l'attitude des États-Unis. Certains ont considéré que cette mesure de réciprocité a ramené la Communauté de droit européenne, d'office au niveau d'un « *Disney Land juridique* » (intervention de Pierre Pescatore au cours du débat consacré à la « La Communauté européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2000, p. 433). En tout état de cause, la valeur juridique de ce considérant est largement sujette à caution. Car, comme le souligne le Professeur Rostane Mehdi, il est « *douteux que le Conseil puisse par un acte de droit dérivé limiter, sous peine de méconnaître l'exigence (...) d'équilibre institutionnel, la compétence de la Cour ou d'exclure celle des tribunaux nationaux* » (M. Rostane, « Institutions et ordre juridique communautaire », *Journal du droit international*, 2000, n°2, p. 459). En principe, c'est à la Cour de Justice qu'il revient de se prononcer sur la question de l'effet direct des Accords OMC et non pas au Conseil des Ministres (voir l'intervention de Geneviève Burdeau, à la table ronde consacrée à « La Communauté et l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 420). Comme l'écrivent les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, « *ce soin inhabituel, est aussi un soin malvenu : car c'est là usurper la fonction judiciaire* » (D. Carreau et P. Juillard, « Bilan de recherches de la section de la langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie », *op.cit.*, p. 30).

parade de la Communauté européenne à l'égard de l'invocabilité des Accords de l'OMC, a été maintenue par la voix de sa Cour de Justice (B).

A. Au niveau international devant l'ORD

76. Comme précédemment évoqué, le régime posé par l'Accord sur les ADPIC a pour bénéficiaires les ressortissants des Membres de l'OMC en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle³²⁸, c'est-à-dire à des « personnes » physiques (comme les inventeurs, auteurs, créateurs, etc.) ou morales (comme les entreprises titulaires de certains droits de brevets, de dessins et modèles industriels ou de marques, par exemple)³²⁹. L'Accord sur les ADPIC oblige en effet les Membres de l'OMC d'établir un ensemble de normes minimales qui permettrait aux ressortissants d'obtenir et de faire respecter certains droits de propriété intellectuelle³³⁰.

Ainsi, lorsqu'une entreprise détentrice des droits de propriété intellectuelle est victime, par exemple, d'un comportement de contrefaçon ou de piratage par la concurrence, elle peut, à travers le dispositif mis à sa disposition au niveau national, faire respecter ses droits³³¹. Toutefois, si les moyens nécessaires (procédures et des voies de recours internes) pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne sont pas disponibles au niveau national du Membre où l'infraction est commise³³², l'entreprise victime est de fait dans l'impossibilité de faire valoir efficacement ses droits. Dans ce cas de figure, on est en présence d'une violation manifeste de l'Accord sur les ADPIC par un Membre de l'OMC du fait que ce dernier n'a pas mis en place les moyens nécessaires pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle tels qu'exigés par cet accord. Le raisonnement s'applique aussi quand ces voies de recours ou procédures sont insuffisantes³³³ ou lorsqu'un Membre de l'OMC ne met pas en place les régimes juridiques de protection des droits de propriété intellectuelle tels qu'exigés par l'Accord sur les ADPIC. En tout état de cause, l'entreprise victime de cette violation serait

³²⁸ Voir l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC.

³²⁹ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p. 374, § 1014.

³³⁰ Voir *infra*, § 109 et s.

³³¹ En effet, il revient à l'entreprise détentrice des droits de propriété intellectuelle de faire respecter ses droits sur la sphère interne et non pas aux Membres de l'OMC. Voir F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.14 TRIPS*, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 2003, p. 4. Disponible en ligne à l'adresse suivante: http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add18_en.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

³³² L'accord précise en détails les procédures et recours qui doivent être mis à la disposition des détenteurs de droits aussi bien nationaux qu'étrangers afin qu'ils puissent les faire respecter efficacement avec l'aide des autorités judiciaires ou d'autres organes compétents. Voir *infra*, § 152 et s.

³³³ Ce qui empêche l'entreprise victime des actes de contrefaçon, par exemple, de faire respecter efficacement ses droits de propriété intellectuelle.

dans une situation difficile dans la mesure où elle ne peut pas contester de manière frontale devant l'ORD le Membre de l'OMC concerné. En effet, la règle de saisine du système de règlement des différends de l'OMC concernant tous les différends portant sur les Accords de l'OMC, et pas seulement l'Accord sur les ADPIC, est explicitement indiquée dans le Mémoire d'accords : seuls les Membres de l'OMC peuvent saisir le système. Étant donné que le statut de Membre de l'OMC est exclusivement ouvert aux États et territoires douaniers distincts, les personnes privées ne peuvent donc pas devenir Membre de l'organisation et par conséquent ne pourront pas saisir l'ORD en cas de violation des Accords de l'OMC dont elles sont victimes.

77. L'Accord sur les ADPIC est ainsi mis sur un même pied d'égalité que les autres Accords de l'OMC, alors que la différence est notable notamment avec les Accords relatifs au commerce des marchandises qui confèrent des droits et obligations étroitement liés au commerce de biens, tandis que dans l'Accord sur les ADPIC, les droits et les obligations sont attachés aux personnes (les ressortissants), et non aux biens qu'ils échangent³³⁴.

78. Pour certains, cette interdiction aux entreprises privées de faire valoir elles-mêmes les droits conférés par l'Accord sur les ADPIC devant l'ORD est décevante car, comme l'écrivent les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, elle ne va pas dans le sens de l'évolution générale du droit international économique, qui consiste à préparer, par des voies conventionnelles, l'accès des particuliers aux mécanismes de règlement des différends, lorsque les droits de ces particuliers et notamment ceux des opérateurs économiques se trouvent lésés par l'action des États³³⁵. Le Professeur Laurence Boy note qu'« il y a apparemment là une vision très « rétrograde » de l'ordre concurrentiel mondial »³³⁶. Emmanuel Ruchat voit cette interdiction totalement illogique dans la mesure où les accords en question visent directement les particuliers³³⁷ comme c'est le cas de l'ADPIC et l'AGCS. Gail E. Evans estime lui aussi que « *the prohibition on the participation of*

³³⁴ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 799, note de bas de page 143. Le Professeur Bruno Boval a également fait remarquer en ses termes qu'« à la différence du GATT traditionnel qui s'appliquait à des marchandises, le TRIPS confère des droits et des obligations à des personnes » (B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 139. À ce propos, il convient de relever aussi que l'Accord sur le commerce des services (AGCS en français/GATS en anglais), est dans le même cas que l'Accord sur les ADPIC, car, il s'applique aux fournisseurs de services et pas seulement aux services eux-mêmes. Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p. 96, § 243.

³³⁵ D. Carreau et P. Juillard, « Bilan de recherches de la section de la langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie », *op.cit.*, p. 31.

³³⁶ L. Boy, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, n°3, p. 488.

³³⁷ E. Ruchat, « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'O.M.C », *Petites Affiches*, 4 février 2000, n°25, p. 10.

individuals in international dispute resolution can no longer be justified on the basis that states are the primary subjects of international law. When the WTO legislates for intellectual property rights, individuals are directly affected”³³⁸.

79. La question de la nécessité de reconnaître aux personnes privées un droit de porter plainte directement devant le système de règlement des différends de l’OMC reste toujours posée. Certains auteurs, tels qu’Emmanuel Ruchat, y voient en cet accès un objectif à atteindre³³⁹. Les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard voient mal que cette reconnaissance puisse être évitée à l’avenir³⁴⁰. Dans la même lignée, le Professeur Jean-Baptiste Racine relève qu’il existe bien un risque d’instrumentalisation potentielle des règles de l’OMC au service des intérêts des entreprises les plus puissantes³⁴¹, mais il soutient qu’« *on ne pourra refouler indéfiniment les entreprises du système de règlement des différends de l’OMC* » et qu’il faudrait un encadrement strict de manière à éviter les effets pervers d’une telle instrumentalisation³⁴². D’autres, en revanche, considèrent qu’admettre la qualité à agir des personnes privées serait source d’inégalité dans la mesure où la plupart des acteurs privés des pays en développement ne disposent pas de ressources et de structures suffisantes pour faire jeu égal avec leur partenaires commerciaux les plus riches³⁴³. Pour certains, tels que le Professeur Charles-Emmanuel Côté, l’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC en faveur des particuliers ne serait pas souhaitable en raison de plusieurs questions fondamentales que soulève cet élargissement qui touchent au cœur des finalités du système commercial multilatéral³⁴⁴.

³³⁸ E. G. Evans, “Issues of Legitimacy and the Resolution of Intellectual Property Disputes in the Supercourt of the World Trade Organisation”, *op.cit.*, p. 13. Selon l’auteur, “*deny individuals the right to enforce their intellectual property rights at the international level lacks legitimacy*” (*ibid*).

³³⁹ E. Ruchat, « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l’O.M.C », *op.cit.*, p. 10.

³⁴⁰ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 97, § 246.

³⁴¹ J.-B. Racine, « Les entreprises et l’Organisation mondiale du commerce », in Th.Garcia et V. Tomkiewicz (dir.), *L’Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 242.

³⁴² *Ibid.*, p. 243. L’auteur relève à cet égard ce qui se passe en matière d’investissements internationaux. Selon l’auteur, le parallèle est évident avec l’arbitrage en matière d’investissements internationaux. Ce type de contentieux, porté notamment devant le Centre international de règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI), oppose une entreprise demanderesse à un État défendeur au sujet du respect des engagements internationaux de l’État. Ce qui se fait en matière d’investissement pourraient se faire en matière de commerce (*ibid.* p. 240).

³⁴³ A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l’O.M.C: étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, *op.cit.*, pp. 102 et 104.

³⁴⁴ L’auteur relève que les arguments défavorables à l’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC, s’articulent surtout autour du caractère non « privatisable » des différends commerciaux internationaux, en raison de la finalité première macroéconomique du système commercial multilatéral, ainsi que de sa finalité transcendante visant la contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationale. Ch.E. Côté, *La*

80. En tout état de cause, si dans l'hypothèse où cette reconnaissance se concrétise réellement cela marquerait un changement important par rapport au système interétatique actuel car il s'agirait de reconnaître le droit des particuliers de porter plainte directement à l'OMC contre un Membre de cette organisation³⁴⁵. Les entreprises, par exemple, pourraient donc contester la compatibilité d'une mesure nationale au regard des Accords de l'OMC directement dans son système de règlement des différends³⁴⁶. Cependant, un élément important doit être relevé : si le droit d'agir des entreprises est reconnu, en principe, au nom de l'égalité, un statut procédural équivalent serait également reconnu aux autres acteurs privés, en particulier aux Organisations non-gouvernementales (ONG)³⁴⁷. Généralement, ces dernières ont le plus souvent intérêt à soutenir des mesures restreignant le commerce international (par exemple, des mesures de protection de l'environnement ou droits de l'homme) ; elles pourraient donc se placer du côté du Membre défendeur. Dans ce contexte, cette reconnaissance pourra conduire à une tournure potentielle des différends : les entreprises demanderesses (défendant leurs propres intérêts commerciaux) et les ONG défenderesses (défendant l'intérêt général)³⁴⁸.

81. Enfin, quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, cette idée n'a jamais été avancée par les Membres de l'OMC. Elle ne figure pas non plus à l'agenda déjà chargé du Cycle de Doha, ni même dans les négociations se déroulant séparément sur le système de règlement des différends³⁴⁹. Une telle reconnaissance demeure perçue comme une perte de souveraineté difficilement acceptable par les Membres. Elle pourrait les priver de toute marge de discrétion dans la conduite du règlement des différends commerciaux³⁵⁰.

82. Cependant, le refus d'accès direct des entreprises privées au système de règlement ne veut nullement dire qu'elles soient mises à l'écart notamment dans un contentieux où leurs intérêts seraient mis en cause. Au contraire, ces personnes privées

participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, op.cit., pp. 540- 541.

³⁴⁵ Une telle reconnaissance a plusieurs avantages pour les personnes privées comme le relève le professeur Gail E. Evans : “ *First, it would eliminate government discretion in initiating WTO procedures. Second, it would ostensibly depoliticise minor disputes. Third, unlike domestic judicial proceedings, the application by one body, the WTO, makes a coherent interpretation of the Uruguay Round Agreements more likely and promotes the goal of predictability and stability in the international trading system* ” (Gail E. Evans, “Issues of Legitimacy and the Resolution of Intellectual Property Disputes in the Supercourt of the World Trade Organisation”, *op.cit.*, p. 95).

³⁴⁶ Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 63.

³⁴⁷ J.-B. Racine, « Les entreprises et l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 241.

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 242 et 233.

³⁴⁹ Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 63.

³⁵⁰ Voir G.E. Evans, “Issues of Legitimacy and the Resolution of Intellectual Property Disputes in the Supercourt of the World Trade Organisation”, *op.cit.*, p. 94 ; A. Hervé, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 139.

peuvent faire entendre leurs voix et intervenir même dans un contentieux grâce au statut d'*amicus curiae*³⁵¹ désormais admis devant l'ORD³⁵². En effet, sous certaines conditions, une entreprise pourrait être autorisée à déposer des observations à titre d'*amicus curiae*. L'affaire *États-Unis — Article 110, 5) de la loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) en constitue un exemple pertinent à cet égard. En effet, le Groupe spécial a accepté une lettre adressée par un cabinet juridique représentant la Société américaine des compositeurs, auteurs et éditeurs (ASCAP), au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (USTR) dont une copie lui a été communiquée³⁵³. Toutefois, dans la mesure où cette lettre n'apportait pas d'éléments nouveaux et faisait double emploi avec les renseignements déjà communiqués³⁵⁴, le Groupe spécial a expliqué qu'il ne s'est donc pas fondé sur elle pour établir son raisonnement ou ses constatations³⁵⁵.

³⁵¹ L'*amicus curiae* est un terme d'origine latine signifiant l'« amis de la Cour ». Cette notion désigne la possibilité, existant dans certains systèmes juridiques (une pratique très courante dans les pays de tradition *common law*), pour une personne non partie au litige à apporter, dans le cours de la procédure judiciaire, des informations sur des points de droit, voire des éléments factuels, de manière à éclairer les juges. Voir H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, n°4, p. 897.

³⁵² À titre de rappel, du temps du GATT, les documents de ce type n'ont jamais été pris en considération par les membres des panels du fait que le cadre du GATT était strictement intergouvernemental. Mais l'évolution de la société internationale est telle que cette solution d'abstention était difficile à perpétuer. Le tournant a eu lieu avec l'affaire *États-Unis — Crevettes*, dans laquelle une porte a été entre ouverte à ce sujet (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 79-91 et par. 99-110). L'évolution ultérieure a montré que l'Organe d'appel a choisi d'aller dans ce sens consacrant une ouverture résolue vers les ONG, (malgré les nombreuses critiques étatiques) dans l'affaire *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (rapport de l'organe d'appel, le 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000, par. 36-42). Ensuite, une porte volontairement grande ouverte, mais en trompe-l'œil, dans l'affaire *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (rapport de l'Organe d'appel, rendu le 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001, par. 50-57). Enfin, une nouvelle porte enfoncée dans l'affaire *Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines* (rapport de l'Organe d'appel, adopté le 23 octobre 2002, WT/DS231/AB/R, par. 161). Pour plus de détails sur ces affaires, voir B. Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2003, n°2, pp. 260-284 ; L. Boisson De Chazournes et M.M. Mbengue, « L'*amicus Curiae* devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 410-425 ; Ch.E. Côté, « Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC », *Les Cahiers de Droit*, vol. 50, n°1, mars 2009, pp. 118-123, disponible en ligne: <http://www.erudit.org/revue/cd/2009/v50/n1/037741ar.pdf> (consulté le 16 janvier 2016) ; Z. Mirko, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *Revue internationale de droit économique*, 2005/2 t. XIX, 2, pp. 202-206 ; S. Menétrey, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010, pp. 135-137.

³⁵³ Voir le 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, par. 6.4.

³⁵⁴ *Ibid.*, par. 6.8. Voir également par. 6.5 et 6.6.

³⁵⁵ *Idem.*, par. 6.8). Pour un commentaire, voir B. Stern., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op.cit.*, pp. 276-277.

83. En tout état de cause, même si ce possible accès aux contentieux de l'OMC, via la technique procédurale d'*amicus curiae*³⁵⁶, n'équivaut pas un droit d'action au titre du Mémoire d'accord³⁵⁷, il n'empêche qu'il s'agit néanmoins d'un grand pas en avant pour les entreprises privées qui veulent défendre, au plus près, leurs intérêts commerciaux, surtout qu'elles n'ont pas la possibilité d'invoquer leurs droits conférés par les Accords de l'OMC devant les ordres juridiques internes des Membres de l'OMC comme c'est le cas de l'Union européenne.

B. Au niveau national devant les ordres juridiques internes : le cas de l'Union européenne

84. Vu son objectif et la terminologie employée³⁵⁸, beaucoup ont pensé que l'Accord sur les ADPIC serait considéré comme ayant vocation à produire un effet direct dans l'ordre juridique interne des Membres de l'OMC³⁵⁹.

³⁵⁶ Comme le dit très justement le Professeur Hervé Ascensio, « *l'amicus curiae est la brèche procédurale par laquelle peuvent s'engouffrer individus, sociétés et associations lorsque la qualité de partie est réservée aux Etats* » (H. Ascensio, « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p. 900).

³⁵⁷ En effet, cette technique d'*amicus curiae* n'est pas à cent pour cent payante. Comme nous allons voir dans nos prochains développements, les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter les communications d'*amicus curiae*. De plus, même lorsque celles-ci le sont, il n'est pas certain qu'elles seront prises en compte par ces organes de règlements. En ce sens, J.-B. Racine, « Les entreprises et l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 238-239. Voir *infra*, § 277.

³⁵⁸ En effet, l'Accord sur les ADPIC porte sur des droits privés et nombreuses de ses dispositions visent directement des particuliers (personne physique ou morale de droit privé). Certaines de ses dispositions sont rédigées de manière détaillée et précise qu'elles pourraient se voir reconnaître l'effet direct par les tribunaux des Membres de l'OMC. On peut citer, par exemple, les articles 10, 12, 14 al.1, 2, 3 et 5, 15, 16, 18, 26 al. 3, 28, 33, 38 de l'Accord sur les ADPIC. Voir A. Epiney, C. Kaddous et C.-A. Ridoré, « La Communauté européenne et l'OMC. A propos du statut des règles du GATT/OMC dans l'ordre juridique communautaire », *European Food Law Review*, 1998, p. 24, note de bas de pages 104 ; A.M. Von Hase, "The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right", in Carlos. M. Correa and A. A. Yusuf (ed.), *Intellectual property, and International Trade: The TRIPS Agreement*, Law & Business, Second Edition, Wolters Kluwer, 2008, p. 109.

³⁵⁹ Parmi les auteurs, voir : J. Schmidt-Szalewski, « La protection des droits industriels dans la convention de Marrakech du 15 avril 1994 », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 305 ; B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 139 ; D. Carreau et P. Juillard, « Bilan de recherches de la section de la langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie », *op.cit.*, pp. 29-30. Pour un avis différent, voir B. Remiche et V. Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire. Créer, protéger les inventions au XXI^e siècle*, coll. Manuels Larcier, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 62. De l'avis de ces auteurs, l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC semble refuser tout effet direct aux dispositions de l'accord. Cette disposition prévoit, en effet, que « *les Membres donneront effet aux dispositions du présent 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* ». Selon eux, cette formulation semble indiquer que l'Accord sur les ADPIC n'a pas d'effet direct étant donné qu'elle mentionne l'existence d'un choix quant à la méthode de transposition, ce qui implique la nécessité de recourir à des mesures de transposition de l'accord dans chaque ordre juridique national.

85. Reconnaître l'invocabilité ou un effet direct aux normes de l'Accord sur les ADPIC reviendrait à permettre aux justiciables, notamment aux opérateurs économiques privés, de se prévaloir de celles-ci devant le juge interne³⁶⁰. Les professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard expliquent que « *sous le jeu combiné de la supériorité générale du droit international et de l'effet direct d'une de ses règles, le juge interne devra appliquer cette dernière en écartant toute norme nationale contraire* »³⁶¹.

86. Cependant, dans le cadre européen³⁶², jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la jurisprudence de la Cour de justice connaissait une certaine

³⁶⁰ H. Ghérari, « Organisation mondiale du commerce - Comment l'ordre juridique communautaire tente de tirer profit de l'accord A.D.P.I.C. sans s'y laisser prendre », (1^{ère} partie), *Petites Affiches*, 26 juillet 2002, n°149, p.17. En d'autres termes, l'invocabilité des Accords OMC permettrait « *aux particuliers de contester la licéité d'une mesure nationale au regard de ces accords devant les tribunaux internes de l'État ayant adopté ou maintenu la mesure* » (voir Ch. E. Côte, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 58). Dans la même veine, le Professeur Philippe Manin écrit qu'« *« invoquer » un accord international, c'est pour une « personne » faire état de l'exercice d'un accord en vigueur pour tenter d'obtenir satisfaction d'une revendication* » (Ph. Manin, « À propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Juiller-Septembre 1997, n°3, p. 401). Il importe de remarquer, à cet égard, que la Cour comme la doctrine utilisent diverses expressions pour qualifier les rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique communautaire : effet direct, invocabilité, applicabilité directe ou *self executing*. Les finalités de ces notions sont assez proches puisqu'elles sont utilisées pour caractériser le droit des justiciables d'invoquer au sein d'un ordre juridique une norme d'un autre ordre juridique. Toutefois, il reste que chacune d'entre elles renvoie à une certaine spécificité. La notion d'applicabilité directe d'une norme internationale vise la possibilité pour une règle internationale d'être introduite dans l'ordre juridique interne sans qu'aucune mesure d'exécution ne soit nécessaire (M. Lickova, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC. Perspectives croisées*, *op.cit.*, p.112, note de bas de page n°275). Quant aux notions d'invocabilité et d'effet direct, pour reprendre la distinction de M. Aurore. Laget-Annamayer, « *Le terme d'effet direct fait référence à la spécificité des rapports entre l'ordre juridique communautaire et celui de ses États membres, alors qu'il s'agit ici (...) des rapports entre la sphère internationale et l'ordre juridique communautaire (...)* » et il rajoute qu'« *on est en présence de trois ordres juridiques superposés (international, communautaire et national)* ». C'est pourquoi pour l'auteur la notion d'invocabilité est « *plus neutre et qui permet d'intégrer la diversité des effets des accords externes en droit communautaire* » (A. Laget-Annamayer, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, avril-juin 2006, n°2, pp. 252-253). Sur la distinction entre ces notions, voir M. Rostane et J.M Chaire, « Ordre juridique de l'Union européenne – Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, 06 février 2013, fasc. 195, §§4-12. Au-delà de cette distinction, ce qui importe est le raisonnement appliqué sur le concept, c'est-à-dire invoquer au sein d'un ordre juridique une norme d'un autre ordre juridique. C'est pourquoi nous utiliserons dans cette étude les termes invocabilité et effet direct de manière indifférente comme le fait le juge de l'Union européenne.

³⁶¹ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 374, §1015. Dans le même sens, voir H. Ghérari, « Organisation mondiale du commerce - Comment l'ordre juridique communautaire tente de tirer profit de l'accord A.D.P.I.C. sans s'y laisser prendre », *op.cit.*, p. 17.

³⁶² Il n'est pas dans notre propos d'aborder ici l'ensemble des questions de l'invocabilité des Accords de l'OMC dans l'ordre juridique européen. Nous limiterons l'analyse de cette question aux considérations utiles à notre étude. Pour une étude détaillée sur la question, voir notamment N. Neuwahl, « Le droit des particuliers d'invoquer les accords internationaux de la communauté européenne devant les cours nationales », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n°15/2, pp. 39-55 ; F. Schmied, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres. L'invocabilité au service de l'influence de l'Union sur la mondialisation du droit*, Coll. des Thèses, n°67, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J., 2013, 597 p ; C. Kaddous, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire: développements récents », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruylant, 2003, pp. 107-126 ; A. Laget-Annamayer, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire: en attendant la consécration de l'invocabilité », *op.cit.*, pp. 249-288 ; M. Lickova, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC*.

nuance s'agissant de l'invocabilité de l'Accord sur les ADPIC devant les juges des États membres de la Communauté européenne³⁶³.

Dans l'affaire *Parfums Christian Dior*³⁶⁴, en citant et suivant le raisonnement de sa jurisprudence *Portugal c/ Conseil. UE* de 1999³⁶⁵, la Cour a indiqué que « *les dispositions du TRIPS, qui figure en annexe à l'accord OMC, ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire* »³⁶⁶. Toutefois, la Cour a ajouté que l'Accord sur les ADPIC a été conclu par la Communauté et ses États membres en vertu d'une compétence partagée³⁶⁷ et au

Perspectives croisées, op.cit., pp. 112-138 ; O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects matériels », *JurisClasseur Europe Traité*, 07 octobre 2012, fasc. 2261, §§40-62 ; M. Rostane et J.M. Chaire, « Ordre juridique de l'union européenne – Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, 06 février 2013, fasc. 195 ; P. Mengozzi, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne: Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 879-890.

³⁶³ Dans la mesure où ledit accord faisait encore partie des domaines dans lesquels la Communauté européenne et ses États membres avaient une compétence partagée.

³⁶⁴ CJCE 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior e. a.*, aff. C-300/98 et C-392/98, (ci-après, arrêt *Parfums Christian Dior*). En réalité, la question de l'effet direct lui a été posée pour la première fois lors de l'affaire *Hermès internationale* datant du 16 juin 1998. Toutefois, la Cour de Justice a refusé de se prononcer sur la question de l'effet direct, malgré les incitations de l'Avocat général Giuseppe Tesaurò, qui était, lui, très favorable à cette reconnaissance. La Cour a, en effet, estimé qu'en l'espèce elle n'est pas appelée à statuer sur la question d'effet direct, mais seulement à répondre à la question d'interprétation qui lui a été soumise par la juridiction nationale. CJCE, 16 juin 1998, aff. C-53/96, *Hermès International c/FHT Marketing Choice BV*, point 35. Voir également les conclusions de l'Avocat général Giuseppe Tesaurò, dans l'affaire C-53/96, présentées le 13 septembre 1997.

³⁶⁵ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-149/96, *Portugal c/ Cons. UE*, Rec. CJCE 1999, I, p. 8395. Les conclusions de la Cour dans cette affaire sont bien connues. Selon la Cour de justice, les Accords de l'OMC compte-tenu de leur nature et de leur économie « *ne figurent pas en principes parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires* » (Arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité, point 47). Sur ce point, la Cour a pris le soin de préciser, en renvoyant à sa jurisprudence antérieure relative aux règles du GATT (les arrêts *Fediol/Commission* (CJCE, 22 juin 1989, aff. 70/87, *Fediol* : Rec. CJCE 1989, p. 1781) et *Nakajima/Conseil* (CJCE, 7 mai 1991, aff. C-69/89, *Nakajima* : Rec. CJCE 1991, I, p. 2069)), qu'elle ne contrôle la légalité d'un acte des institutions communautaires que dans deux hypothèses ; d'une part, lorsque la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou d'autre part, où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des Accords OMC, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC (Arrêt *Portugal c/ Conseil*, précité point 49). Ce faisant, la Cour de justice a pris le contre-pied de nombre d'analyses doctrinales préconisant la reconnaissance de l'effet direct aux Accords de l'OMC. En effet, beaucoup pensait que la Cour pouvait modifier sa position à l'égard de l'OMC (successeur du GATT 1947) en raison de son caractère moins flexible et de l'existence d'une base institutionnelle renforcée comprenant, notamment, un système de règlement des différends plus fiable et efficace. Voir H. Gherari., « Organisation mondiale du commerce - Comment l'ordre juridique communautaire tente de tirer profit de l'accord A.D.P.I.C. sans s'y laisser prendre », *op.cit.*, p.17. Parmi cette doctrine tant anglo-saxonne que francophone nous renvoyons à la liste d'auteurs citée par le Professeur Habib Gherari à la note de bas de page n°84 de son article précité : P. Eeckhout, « *The domestic legal status of the WTO Agreement : interconnecting legal systems* », C.M.L.R., 1997, p. 11 ; I. Govaere, « *The reception of the WTO agreement in the E.U.: the legacy of GATT* », in P. Demaret, J.-F. Bellis et G. Garcia Jimenez, *Regionalism and multilateralism after the Uruguay round*, Institut d'études juridiques européennes, European Interuniversity Press, 1997, pp. 703-714 ; P. Lee et B. Kennedy, « *The potential direct effect of G.A.T.T. 1994* », in *European Community Law, JWT*, 1996, vol. 30/1, p. 67 ; les contributions de P. Mengozzi et P.J. Kuyper in J.H.J. Bourgeois, F. Berrod et E. Gippini Fournier, *The Uruguay round results*, European interuniversity Press, Bruxelles, 1995.

³⁶⁶ Point 44 de l'arrêt précité *Parfums Christian Dior*.

³⁶⁷ *Ibid.*, point 33.

vu de cela, il a été considéré que la question d'un éventuel effet direct relevait du droit interne des États. Selon la Cour, « *s'agissant d'un domaine auquel le TRIPs s'applique' et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, (...) les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire* »³⁶⁸. En revanche, « *s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office* »³⁶⁹.

Cette jurisprudence fut ensuite confirmée par la Cour dans le cadre de l'affaire *Merck Généricos*³⁷⁰. En effet, après avoir rappelé que l'Accord sur les ADPIC a été conclu par la Communauté européenne et ses États membres en vertu d'une compétence partagée ; et que les domaines dans lesquels la Communauté n'a pas encore légiféré relèvent de la compétence des États membres³⁷¹, la Cour a indiqué concernant l'article 33 de l'Accord ADPIC qu'il « *relève d'un domaine dans lequel, à ce stade de l'évolution du droit communautaire, les États membres restent principalement compétents, il leur est loisible de reconnaître un effet direct à cette disposition ou non* »³⁷².

Cependant, la conclusion de la Cour de Justice dans l'arrêt *Merck Généricos* a été réexaminée récemment à l'occasion de l'affaire *Daiichi Sankyo*³⁷³ en 2013, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Saisi d'une question préjudicielle, la Cour devait en effet répondre au fait de savoir si l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, qui détermine le cadre de la protection des brevets, relève ou non d'un domaine

³⁶⁸ *Ibid.*, point 47.

³⁶⁹ *Ibid.*, point 48. Pour un commentaire de cet arrêt, voir C. Caron, « Propriété intellectuelle, Valse-hésitation à propos du rôle du droit communautaire de la propriété intellectuelle dans l'application des Accords ADPIC », *Communication-Commerce Electronique*, octobre 2001, n°10, pp.13-14.

³⁷⁰ CJCE, 11 sept. 2007, aff. C-431/05, *Merck Généricos-Productos Farmacêuticos Lda contre Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dohme Lda* : Rec. CJCE 2007, I, p. 7002. Ci-après, Arrêt *Merck Généricos*.

³⁷¹ Arrêt précité *Merck Généricos*, point 34.

³⁷² *Ibid.*, point 47. Ainsi, si cet arrêt ne marque pas de réelle évolution de la position du juge communautaire, il apporte néanmoins des clarifications importantes concernant le régime juridique des accords mixte, en l'occurrence l'Accord sur les ADPIC. Sur cette affaire, voir E. Neframi, « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes: à propos de l'arrêt *Merck Généricos-Productos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, avril 2008, n°517, pp. 227-232 ; D. Simon, « Invocabilité des accords OMC en matière de propriété industrielle », *Europe*, novembre 2007, n°11, commentaire n° 282, pp. 11-12 ; H. Ghérari et R. Chemain, « Chronique UE-OMC (2007) : Règlement des différends », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, décembre 2008, n° 523, pp. 696-697.

³⁷³ CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH/ DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*. Ci-après, arrêt *Daiichi Sankyo*.

pour lequel les États membres continuent à être compétents à titre principal. En cas de réponse affirmative, les États membres eux-mêmes peuvent-ils reconnaître ou non un effet direct à la disposition précitée et la juridiction nationale peut-elle ou non appliquer directement, dans les conditions prévues par le droit national, ladite disposition ? Un bras de fer s'est en effet engagé entre les États membres intervenant dans l'affaire et la Commission européenne. Les premiers ont soutenu que l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC couvre un champ dans lequel les États membres restent compétents à titre principal, de sorte que son applicabilité directe dépend de ce que dit, au cas par cas, le droit national en cause. Toutefois, ce point de vue, basé sur la jurisprudence tirée de l'arrêt *Merck Généricos* n'était pas partagé par la Commission, laquelle soutient que le fondement de cette jurisprudence n'est plus valable depuis l'entrée en vigueur du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont l'article 207 dispose que les « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » sont un des éléments sur lesquels se fonde la politique commerciale commune. L'Union disposerait donc désormais d'une compétence qu'elle n'avait pas lorsque l'arrêt *Merck Généricos* a été rendu et, par conséquent, ce serait à elle qu'il appartiendrait de répondre à la question de savoir si l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC est directement applicable ou non. Question à laquelle, selon la Commission, et au regard de la jurisprudence de la Cour relative à l'Accord sur l'OMC, il conviendrait de répondre par la négative³⁷⁴. Après examen, la Cour s'est rangée au côté de la Commission européenne en concluant que les normes contenues dans l'Accord sur les ADPIC relèvent de la politique commerciale commune et donc de la compétence exclusive de l'Union européenne. S'agissant de la deuxième partie de la question portant sur l'effet direct de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, la Cour a estimé qu'il n'y a pas lieu de répondre étant donné que l'Union européenne est compétente en la matière³⁷⁵.

87. Ainsi, on peut conclure que la voie de l'invocabilité des Accords de l'OMC dans l'ordre juridique européen, bien qu'elle se pose en réalité « *comme une voie de contournement du système de règlement des différends de l'OMC pour les particuliers* »³⁷⁶, est définitivement fermée notamment depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 et la disparition des compétences partagées au profit de l'exclusivité de la compétence de l'Union européenne.

³⁷⁴ Voir les conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón, Affaire C-414/11, présentées le 31 janvier 2013, point 30, disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CC0414:FR:HTML> (consulté le 16 janvier 2016).

³⁷⁵ Arrêt précité *Daiichi Sankyo*, points 61-62.

³⁷⁶ Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 58.

88. Manifestement, face à une violation de l'Accord sur les ADPIC, les ressortissants (qui sont principalement des entreprises privées détentrices de DPI) lésés ne peuvent donc pas se prévaloir de leurs droits devant le juge européen³⁷⁷, ni même directement devant l'ORD. Mais, l'Union européenne comme certains Membres de l'OMC ne sont pas pour autant insensibles aux préoccupations de leurs entreprises-privées victimes de violation de l'Accord sur les ADPIC par un Membre de l'OMC. D'ailleurs, une voie d'accès plus ou moins indirecte leur est spécifiquement ouverte.

§2. L'accès indirect ouvert par certains Membres de l'OMC à leurs entreprises privées lésées par une violation de l'Accord sur les ADPIC

89. Bien qu'indirectement, l'accès au système de règlement des différends de l'OMC est possible aux entreprises privées lorsque l'Accord sur les ADPIC n'est pas respecté par un Membre de l'OMC. En tant que victime d'un comportement non conforme à l'accord, il est en effet possible à une entreprise privée détentrice des DPI de demander au Membre dont elle est ressortissante d'endosser sa plainte³⁷⁸(A).

90. Dans le cadre européen, cette voie a été souvent utilisée dans la pratique par le secteur privé et certaines de ces plaintes privées ont même été endossées par l'Union européenne. C'est le cas de deux affaires symptomatiques : l'affaire « *Havana Club* » et l'affaire « *IMRO* » qui ont donné lieu à un dépôt de plaintes au titre de l'Accord sur les ADPIC devant système de règlement des différends de l'OMC (B).

A. La voie d'accès indirect au système de règlement des différends de l'OMC : la demande d'endossement de la plainte privée

³⁷⁷ Quoiqu'il en soit, ce refus d'invocabilité des Accords de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire n'a pas pour autant découragé les particuliers. Au contraire, plusieurs affaires ont été portées devant les juridictions européennes en s'appuyant, non pas directement sur les Accords de l'OMC, mais sur l'existence d'une condamnation de la Communauté européenne par l'ORD. Voir O. Blin, « Europe et organisation mondiale du commerce (OMC) - Aspects matériels », *JurisClasseur Droit international*, 15 décembre 2009, fasc. 130-70, §§ 62-65 ; M. Lickova, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC. Perspectives croisées*, *op.cit.*, pp. 161 et s.

³⁷⁸ Cette technique nous fait rappeler celle de la personne privée demandant à son État d'exercer sa « protection diplomatique ». Selon le Professeur Charles-Emmanuel Côté, la théorie de la protection diplomatique est la fiction juridique voulant que le préjudice causé à une personne privée, et découlant de la violation du droit international public, constitue un préjudice causé à son État de nationalité. Voir Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 42-43.

91. Chez la majorité des Membres de l'OMC, à l'exception de certains Membres tels que l'Union européenne et les États-Unis, la demande d'endossement de la plainte privée est uniquement informelle³⁷⁹. Concrètement, il s'agit pour une entreprise privée détentrice de DPI qui s'estime lésée par les agissements d'un Membre de l'OMC d'en faire part au Membre dont elle est ressortissante. Elle lui demandera de porter plainte à l'OMC contre cet autre Membre pour violation des Accords de l'OMC³⁸⁰. Cette voie informelle peut être utilisée par les moyens les plus divers. Il peut s'agir par exemple d'informer le ministère des affaires étrangères de son État de nationalité, son ambassade dans l'État visé par la plainte privée ou encore sa délégation auprès de l'OMC³⁸¹. Une fois informé, le Membre sollicité décidera de porter plainte ou pas auprès de l'OMC³⁸². Sa décision sera prise en prenant compte de plusieurs considérations économiques et politiques. C'est là d'ailleurs où les opérateurs économiques privés effectuent un lobbying actif afin de convaincre l'État auquel ils se rattachent d'endosser leurs réclamations³⁸³. De telles stratégies posent un risque réel de favoritisme dès lors que seuls les secteurs de l'industrie les plus puissants et disposant le plus d'influence aient une oreille attentive du gouvernement ; les secteurs moins importants ou les entreprises de moindre taille vont ainsi passer au second rang³⁸⁴.

92. En revanche, certains Membres de l'OMC, à l'exemple de l'Union européenne et des États-Unis³⁸⁵, ont mis en place, parallèlement au processus informel d'endossement qui vient d'être invoqué, un processus formalisé de traitement des plaintes qu'ils reçoivent des opérateurs économiques privés³⁸⁶. Nous attirons ici l'attention sur le fait que cette formalisation a été réalisée aux États-Unis comme dans l'Union européenne, bien avant la création de l'OMC et avant même le lancement de l'Uruguay Round en 1986. Les États-Unis sont les pionniers en la matière avec l'adoption de *la Section 301 du Trade Act* en 1974³⁸⁷.

³⁷⁹ Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 41.

³⁸⁰ *Ibid.*, p.41

³⁸¹ *Idem.*, p.42.

³⁸² En effet, la décision de porter la plainte devant l'OMC est une prérogative du Membre de l'OMC. Voir l'article 4:6 du Mémoire d'accord. Sur le caractère discrétionnaire de la décision du Membre de porter plainte à l'OMC, voir Ch.E. Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, p. 386.

³⁸³ En ce sens, O. Cachard, *Droit du commerce international*, manuel, 2^{ème} éd, LGDJ, 2011, p. 567.

³⁸⁴ Ch. E. Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, p. 387.

³⁸⁵ Deux autres Membres de l'OMC, à l'instar de l'Australie et la Chine, se sont aussi dotés d'un mécanisme interne davantage formalisé, lequel n'est toutefois pas aussi sophistiqué et juridiquement contraignant que les mécanismes américains et européens. Voir Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 44-45.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, § 301, 88 Stat. 1978, p.2041 (1975). À noter que les États-Unis avaient déjà mis en place dans les années 1960 des instruments de politique commerciale (*section 252* dès 1962 puis *section 301* en 1974) permettant aux entreprises de porter plaintes contre des pratiques déraisonnables ou

Tardivement, la Communauté européenne a répondu à cette initiative américaine avec son *Nouvel instrument de politique commerciale* (NIPC) en 1984³⁸⁸. Toutefois, avec la mise en place du nouveau système de règlement des différends et des divers accords issus du Cycle d'Uruguay, la Communauté européenne a été obligée d'améliorer son ancien dispositif pour l'adapter aux nouvelles caractéristiques du système de l'OMC³⁸⁹. C'est ainsi que le *Nouvel instrument de politique commerciale* a été remplacé par le *Règlement sur les Obstacles au Commerce* (ci-après, ROC)³⁹⁰.

Toutefois, cette voie d'accès, bien que transparente et comportant d'importantes garanties processuelles³⁹¹, ne contient pas de garantie de résultat³⁹². En effet, comme pour la demande informelle d'endossement de la plainte privée, les autorités saisies continuent, dans

discriminatoires ayant pour effet de restreindre le commerce. Voir E. Presle, *Règlement sur les obstacles au commerce*, *Les Notes Bleues de Bercy*, du 16 au 31 mars 2002, n°203, disponible en ligne : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb203/regle.htm#r1 (consulté le 16 janvier 2016). Il est important de constater aussi que ce mécanisme interne des États-Unis n'a cessé d'être étendu et renforcé depuis 1974. Ainsi, en 1988, l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* a créé la Super 301 et la Spécial 301 (cette dernière est consacrée spécialement à la protection des droits de propriété intellectuelle), ou en l'an 2000 où fut adoptée la loi dite Carrousel. À ce sujet, voir D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *JurisClasseur Europe Traité*, 22 août 2012, fasc. 2330, § 2. Sur le fonctionnement du dispositif américain, voir Ch.E. Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, pp. 421-433.

³⁸⁸ Règlement (CEE) n°2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites, *Journal officiel* n° L.252 du 20/09/1984, p.0001-0006.

³⁸⁹ En ce sens, voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC)- Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 75 ; D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *op.cit.*, § 4.

³⁹⁰ Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *Journal officiel* L 349 du 31/12/1994 p. 71-78. Ce règlement a été par la suite modifié et corrigé en 2005 (par le règlement (CE) n°356/95 du Conseil, du 20 février 1995, *Journal Officiel* L 41 du 23 Février 1995, p.3), en 2008 (par le règlement (CE) n°125/2008 du Conseil du 12 février 2008, *Journal Officiel* L 40 du 14 Février 2008, p. 1-2) et en 2014 (par le Règlement (UE) n°37/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2014, *Journal Officiel* L18 du 21/01/2014, p. 1 et le Règlement (UE) n°654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, *Journal Officiel* L189 du 27/06/2014, p.50). Une version consolidée du Règlement n° 3286/94, intégrant toutes ces modifications successives, est mise en ligne à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:01994R3286-20140717> (consulté le 10/05/2016). Pour une approche globale du règlement n°3286/94, voir H. Lesguillons, « Origines et développements du règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, n° 8, pp. 959-997 ; D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *JurisClasseur Europe Traité*, 22 août 2012, fasc. 2330 ; E. Presle, « Règlement sur les obstacles au commerce », *Les Notes Bleues de Bercy*, n° 203, du 16 au 31 mars 2002. Sur les importantes différences entre le modèle américain et le modèle européen de mécanisme interne de traitement des plaintes privées, voir Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 45- 48 ; du même auteur, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, pp. 421-443.

³⁹¹ En effet, l'administration du Membre de l'OMC doit fournir à la partie plaignante privée une réponse motivée, dans un délai donné, et celle-ci doit être rendue publique. Voir Ch.E. Côté, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 45.

³⁹² C'est-à-dire que la plainte soit formellement et automatiquement portée devant l'OMC.

tous les cas, de disposer d'un pouvoir discrétionnaire en la matière³⁹³. Le choix d'un gouvernement d'être « porteur intérêt »³⁹⁴ de son opérateur privé devant le système de règlement des différends n'est cependant pas automatique. Les intérêts des entreprises privées qui seraient susceptibles d'être défendus devant l'OMC doivent d'abord passer par un filtre gouvernemental³⁹⁵. En tout état de cause, les intérêts économiques des secteurs privés concernés devront se confondre avec les objectifs de politiques commerciales du gouvernement pour pouvoir être portés devant le système de règlement des différends de l'OMC³⁹⁶.

93. Dans le cadre européen, le *Règlement sur les Obstacles au Commerce* représente un outil extrêmement utile pour les opérateurs économiques européens victimes d'obstacles au commerce par un pays tiers dans le domaine des ADPIC³⁹⁷. Il leur offre, en effet, l'occasion de dénoncer cet obstacle devant les autorités européennes afin que l'Union exerce les droits que lui confèrent les règles de l'OMC³⁹⁸. Succinctement³⁹⁹, en vertu de ce

³⁹³ En ce sens, Ch.E. Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, p. 448.

³⁹⁴ En ce sens, H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *op.cit.*, p. 898.

³⁹⁵ M. Kostecki, *Défense des intérêts de l'entreprise et la politique commerciale: comment la communauté des affaires des pays en développement peut-elle tirer parti du Cycle de Doha pour le développement ?*, Centre du commerce international, Genève, avril 2002, p. 35, disponible à l'adresse suivante : <https://www.yumpu.com/fr/document/view/16545365/defense-des-interets-de-lentreprise-et-politique-commerciale/5> (consulté le 26 janvier 2017).

³⁹⁶ A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'O.M.C : étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, *op.cit.*, p. 103.

³⁹⁷ Un obstacle au commerce dans le domaine des ADPIC, pourrait concerner, par exemple, l'étiquetage d'origine, les contrefaçons de marques commerciales. Voir EIC Centre, « La défense des intérêts commerciaux de l'Europe sur la scène mondiale : stratégie & outils à la disposition des entreprises », Val-de-Loire, 2005, p. 29, disponible en ligne : http://ekocentre.com/mediatheque/Europethematique/Defense_valide_DG_Trade.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

³⁹⁸ D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *op.cit.*, §1. Les institutions européennes mettent constamment en avant l'importance du mécanisme ROC. Par exemple, la Commission européenne dans sa stratégie lancée en 2005, visant à assurer le respect de la propriété intellectuelle dans les pays tiers, n'a pas hésité à rappeler aux détenteurs des droits de propriété intellectuelle qu'ils ont la possibilité de faire usage du mécanisme ROC dans les cas de violation évidente de l'Accord sur les ADPIC (Stratégie visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers, *Journal officiel*, n° C 129 du 26/05/2005, 26 mai 2005, p. 9). La Direction Générale au Commerce de la Commission a même publié en 2008 un guide de compréhension du ROC intitulé "*Règlement sur les obstacles au commerce – ouvrir les marchés aux exportateurs européens*", dans lequel il est rappelé que toute entreprise de l'Union européenne qui subit des effets commerciaux défavorables du fait d'un obstacle au commerce mis en place par un pays tiers peut déposer une plainte auprès de la Commission européenne. Le guide est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122568.pdf (consulté le 16 janvier 2016). Il en est de même, pour le Parlement européen qui a estimé dans sa résolution du 18 décembre 2008 sur l'impact de la contrefaçon sur le commerce international que « *le règlement sur les obstacles au commerce peut être d'une grande aide pour les entreprises européennes qui rencontrent des problèmes d'accès aux marchés de pays tiers, imputables à des violations de la propriété intellectuelle, et invite la Commission à encourager et à faciliter son utilisation, notamment par les PME* » (Résolution du Parlement européen du 18 décembre 2008 sur l'impact de la contrefaçon sur le commerce international (2008/2133(INI)), *Journal Officiel de l'union européenne* 23 Février 2010). La doctrine met aussi en avant l'importance de ce mécanisme et les bénéfices que pourraient en tirer les opérateurs économiques. Voir, en particulier, D. Rose, "The E.U Trade barrier regulation: An effective

Règlement, ces opérateurs victimes peuvent demander à la Commission européenne de réagir contre la violation de l'Accord sur les ADPIC par des pays tiers Membres de l'OMC⁴⁰⁰. Une fois saisie, la Commission européenne est alors tenue d'enquêter et de déterminer s'il existe des éléments de preuves attestant d'une violation des règles de l'Accord sur les ADPIC entraînant des effets commerciaux défavorables. Après examen, en appréciant la présence d'un intérêt de l'Union⁴⁰¹, la Commission décidera d'engager ou non une procédure de règlement du différend auprès de l'OMC⁴⁰². Elle pourra aussi décider de clôturer l'enquête si la partie accusée prend des mesures jugées satisfaisantes⁴⁰³.

94. Dans le cadre européen, la voie d'accès formelle comme informelle a été utilisée par le secteur privé et certaines affaires ont même abouti au dépôt de plaintes au titre

instrument for promoting global harmonisation of intellectual property rights? ", *European Intellectual Property Review*, 1999, n°21, pp. 313-319 ; E. Ruchat, « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) », *op.cit.*, p. 10 et s ; Y. Renouf, « Les entreprises et le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *Dalloz Affaires*, 1996, n°19, pp.573-575.

³⁹⁹ Il n'est pas possible de détailler ici l'ensemble de la procédure du ROC, nous renvoyons à cet effet, notamment à D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce(ROC) », *JurisClasseur Europe Traité*, 22 Août 2012, Fasc. 2330.

⁴⁰⁰ Parmi les affaires ROC mettant en cause la violation de l'Accord sur les ADPIC, on peut citer les affaires suivantes : *Canada — Vins et Canada — Prosciutto di Parma* (non-protection d'appellations d'origine), *Turquie - Produits pharmaceutiques* " (non-protection de données non divulguées), *États-Unis — Œuvres musicales* (octroi de licences transfrontalières) ainsi que *Taipei Chinois – Disques enregistrables* (mesure affectant la protection des brevets). Pour plus de détails sur ces affaires, voir D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce(ROC) », *op.cit.*, § 19, §79, §80 et §83.

⁴⁰¹ D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce ROC) », *op.cit.*, §§ 39-42.

⁴⁰² Cela dit, il est clair que la Commission ne le fera que si elle a la conviction d'avoir de bonnes chances de succès au vu des éléments de preuve qui lui ont été fournis dans le dossier par le ou les plaignants. En ce sens, voir O. Blin, « Union Européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC) - Aspects institutionnels », *op.cit.*, § 76.

⁴⁰³ C'est le cas par exemple de l'affaire *Brésil – Cognac*. Brièvement, la plainte avait été introduite par le Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC), le 17 février 1997, au nom de ses membres qui exportent ou souhaitent exporter au Brésil. Il faisait valoir que les ventes communautaires de cognac au Brésil étaient entravées par une série d'obstacles au commerce. Une procédure d'examen a été ouverte le 2 avril 1997 par la Commission européenne contre les producteurs brésiliens d'alcool soupçonnés de pratiques commerciales discriminatoires par rapport aux producteurs de cognac français. Au moment de l'enquête, le Brésil était autorisé en tant que pays en développement à différer la mise en œuvre des articles 22 à 24 de l'Accord ADPIC jusqu'au 1^{er} janvier 2000, ce qui explique les obstacles à la protection de l'appellation Cognac rencontrés avant cette date. En prévision de l'entrée en vigueur des obligations ADPIC le 1^{er} janvier 2000, le Brésil avait adopté une loi du 14 mai 1996, dénommée *Lei da Propriedade Industrial*, qui, entre autres, mettait en place un registre des indications géographiques. L'enregistrement de l'appellation « Cognac » s'est produit le 11 avril 2000. La clôture de la procédure est donc intervenue malgré la coexistence de l'appellation d'origine « Cognac » et avec l'appellation générique "conhaque" pouvant créer un trouble dans l'esprit des consommateurs (voir la décision de la Commission du 23 janvier 2001 clôturant la procédure d'examen concernant les mesures affectant le commerce du cognac au Brésil, *JOCE* L35/53 du 6.2.2001). Sur cette affaire, voir EIS, « Cognac – clôture de la procédure d'examen contre les pratiques du Brésil », *Europe Agro*, 23 février 2001 ; D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *op.cit.*, § 79.

de l'Accord sur les ADPIC devant le système de règlement des différends de l'OMC : c'est le cas de l'affaire « *Havana club* » et de l'affaire « *IMRO* »⁴⁰⁴.

B. Les deux affaires symptomatiques de l'endossement des plaintes privées au sein de l'Union européenne : « *IMRO* » et « *Havana Club* »

95. L'affaire « *IMRO* »⁴⁰⁵ procède d'une plainte formelle déposée dans le cadre du *Règlement sur les obstacles au commerce* (1) tandis que l'affaire « *Havana Club* »⁴⁰⁶ découle d'une plainte informelle exprimée par la société Pernod-Ricard à la Commission européenne (2).

1. L'affaire « *IMRO* »

96. Le 21 avril 1997, l'*Irish Music Rights Organisation* (IMRO), une société de gestion collective représentant la grande majorité des auteurs, compositeurs, arrangeurs, paroliers et éditeurs de musique établis en Irlande, a déposé une plainte auprès de la Commission européenne dans le cadre du *Règlement sur les Obstacles au Commerce*. La démarche a été soutenue à l'unanimité par l'assemblée générale du Groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs (GESAC). La plainte avait pour objectif de supprimer les pratiques commerciales américaines qui nuiraient à l'octroi de licences pour les œuvres

⁴⁰⁴ Dans le cadre américain, on peut citer deux affaires : *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS50) et *Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* (WT/DS86). Dans la première affaire, la plainte des États-Unis a été formulée à la demande expresse du lobby pharmaceutique américain. Voir la lettre du 2 mai 1997, adressée par M. Bale E. Harvey (le Vice-Président directeur chargé des questions internationales à la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA)) à Mme Barshefsky Charlene (Représentante des États-Unis pour les questions commerciales internationales), présentée en annexe 3 du rapport du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, distribué le 5 septembre 1997. Quant à la deuxième affaire, la plainte des États-Unis émanait particulièrement de l'industrie du logiciel, à travers la BSA et la Chambre de commerce internationale. Voir D. Matthews, "Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights: Will The Uruguay Round Consensus Hold?", Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation (CSGR), University of Warwick, Coventry, Working Paper n°99/02, June 2002, p. 16, en ligne : http://wrap.warwick.ac.uk/2019/1/WRAP_Matthews_wp9902.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

⁴⁰⁵ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, op.cit., p. 120 ; G. A. Zonnekeyn, "The Protection of Intellectual Property Rights under the EC Trade Barriers Regulation. An Analysis Of the IMRO Case", *The Journal of World Intellectual Property*, May 1999, vol. 2, issue3, pp. 357-370 ; D. J. Gervais, "The TRIPS Agreement after Seattle Implementation and Dispute Settlement Issues", *The journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 4, p. 517.

⁴⁰⁶ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, op.cit., p. 120 ; H.Gherari, « L'affaire « *Havana club* » devant l'O.M.C », *Petites affiches*, 30 décembre 2002, n°260, pp. 4-7.

musicales⁴⁰⁷. Elle vise en particulier la section 110, paragraphe 5 du Copyright ACT des États-Unis, qui exemptait certaines exécutions en public de paiement des droits d'auteur. La plaignante considérait qu'il s'agissait là d'un obstacle au commerce incompatible avec les obligations contractées au titre de l'Accord sur les ADPIC. Elle demandait donc à la Commission de prendre les mesures nécessaires pour convaincre les États-Unis d'abroger cette mesure⁴⁰⁸.

97. À la suite de l'ouverture de la procédure d'examen, la Commission a procédé à une étude approfondie des points de fait et de droit de la section 110, paragraphe 5, du Copyright Act des États-Unis. Des réunions ont été organisées et des lettres ont été échangées avec les autorités américaines compétentes afin de discuter de cette question et de trouver une solution à l'amiable, mais ces dernières n'ont présenté aucune proposition en vue d'une solution⁴⁰⁹. Par conséquent, la Commission européenne a noté que « *l'intérêt de la Communauté exige que soit ouverte une procédure de règlement de différend dans le cadre de l'OMC* »⁴¹⁰. C'est ainsi qu'elle décide de contester les exemptions prévues à la section 110 (5) de la loi américaine sur les droits d'auteur devant l'ORD en décembre 1998⁴¹¹. La plainte fut officiellement déposée au nom de la Communauté européenne et de ses États membres le 26 janvier 1999⁴¹². L'affaire est enregistrée à l'OMC sous la référence *États-Unis – Article 110 (5) de la Loi sur le droit*, WT/DS160⁴¹³.

2. L'affaire « Havana Club »

98. Plus exactement, le conflit opposait *Bacardi-Martini* au groupe français *Pernod-Ricard* qui se disputaient la marque « *Havana Club* »⁴¹⁴. Pour résumer brièvement les

⁴⁰⁷ Commission européenne, Communiqué de presse, *La Commission conteste les dérogations américaines à la réglementation concernant les droits exclusifs des auteurs*, IP/97/549, Bruxelles, le 23 juin 1997.

⁴⁰⁸ Décision de la Commission du 11 décembre 1998, arrêtée en vertu des dispositions du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil concernant la section 110, paragraphe 5, du Copyright Act des États-Unis d'Amérique [notifiée sous le numéro C(1998) 4033], L 346/60, *JOCE*, du 22. 12. 98.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, point 24.

⁴¹⁰ *Ibid.*, point 25.

⁴¹¹ Dans la Décision de la Commission, il est indiqué comme suit : « *pour la Communauté qui a pris des engagements identiques, il est de la plus haute importance de veiller à ce que les partenaires au sein de l'OMC s'acquittent de leurs obligations. Par conséquent, la Commission doit immédiatement attaquer la section 110, paragraphe 5, du US Copyright Act* » (Décision de la Commission précitée, point 23).

⁴¹² Rappelons en effet, qu'à cette date-là, l'Accord sur les ADPIC faisait encore partie du domaine où la compétence de la Communauté européenne est partagée avec ses États membres. Voir OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, États-Unis — Article 110 5) de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur*, WT/DS160/1, IP/D/16, 3 février 1999

⁴¹³ Sur cette affaire, voir *infra*, §561 et s.

⁴¹⁴ EIS, « UE/ETATS-UNIS - Conflit sur le droit d'user du nom de "Havana Club" », *Europolitique*, 15 septembre 1999.

faits de l'espèce, *Havana Club* était à l'origine une boisson produite par la famille Arechabala à Cuba⁴¹⁵. En 1953, la famille propriétaire Arechabala a déposé la marque de rhum cubain *Havana Club* aux États-Unis⁴¹⁶. En 1960, la société productrice de rhum a été nationalisée par le régime *Fidel Castro*. En 1962, la loi d'embargo américaine est édictée à l'encontre de Cuba. Néanmoins, le dépôt, l'enregistrement et la protection des marques cubaines aux États-Unis restaient toujours possibles. Toutefois, la marque *Havana Club* n'a pas été renouvelée par la famille Arechabala, en 1973 alors qu'elle en avait la possibilité⁴¹⁷. Le renouvellement aurait pu être obtenu par les détenteurs initiaux par simple référence à la loi (américaine) d'embargo, sans avoir à verser d'autres éléments au dossier et ce, pour un coût extrêmement modique (25\$)⁴¹⁸. La marque est donc tombée dans le domaine public et il en est résulté qu'elle est devenue disponible aux États-Unis⁴¹⁹.

99. C'est ainsi, qu'en 1976, trois ans après l'abandon de la marque, la société cubaine « Cuba d'Etat » (Cuba export) a légalement acquis les droits de propriété de cette marque à travers un enregistrement non contesté par les détenteurs initiaux auprès de l'USPTO (Patent and Trademark Office). En 1993, un accord de joint-venture est signé entre Pernod Ricard et la société cubaine nouvelle détentrice de la marque *Havana Club*. Le transfert de cette marque est effectué au profit d'une société de droit luxembourgeois dénommée « *Havana Club Holding* » (HCH)⁴²⁰. Depuis la notoriété de la marque s'agrandissait. La marque a été exploitée dans 183 pays du globe. Le groupe HCH a même vendu sous cette marque depuis l'année 1994 plus de 38 millions de bouteilles aux quatre coins du monde⁴²¹.

100. En 1996, la marque *Havana Club* est renouvelée par le groupe « *Havana Club Holding* » auprès du l'USPTO. Cependant, à la fin de la même année, une société des *Bahamas Bacardi* a lancé sur le marché américain un rhum également dénommé « *Havana Club* »⁴²². Le 23 décembre 1996, le groupe HCH décide donc de saisir la juridiction américaine pour usurpation de la marque et tromperie du consommateur (sur l'origine du

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », Bruxelles, 28 novembre 2000, p. 1, disponible en ligne: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/march/tradoc_112045.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.1.

⁴¹⁸ *Idem.*

⁴¹⁹ V. De Filippis, « *Havana Club*, rhum de discord. L'Union européenne attaque les Etats-Unis devant l'OMC pour protectionnisme », *Libération*, Economie, 5 juillet 2000.

⁴²⁰ J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 2.

⁴²¹ EIS, « UE/ETATS-UNIS/CUBA - une maigre victoire pour l'UE dans le dossier du rhum », *Europolitique*, 1 septembre 2001 ; EIS, « UE/Etats-Unis - Conflit sur le droit d'user du nom de " *Havana Club*" », *Europolitique*, 15 septembre 1999.

⁴²² J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 2.

produit : dénomination « Havana » pour un rhum produit aux Bahamas)⁴²³. Cependant, au printemps de l'année 1997, la société des Bahamas productrice du « Havana Club » a réussi à signer un accord (au Lichtenstein) avec les héritiers de l'ancienne société détentrice de la marque qui, pourtant l'avait abandonnée, visant à transférer leurs prétendus droits sur la marque *Havana Club* au bénéfice de la société des Bahamas de Bacardi⁴²⁴. Dans le même temps, la société Bacardi a exercé un lobbying intensif sur le Congrès des États-Unis et obtient l'adoption par ce dernier, le 21 octobre 1998, de la *section 211*⁴²⁵, qui interdit aux juridictions américaines de reconnaître des droits sur les marques cubaines nationalisées par le régime castriste sans accord préalable des anciens détenteurs⁴²⁶. C'est ainsi que, sur la base de cette nouvelle disposition, la juridiction américaine a refusé en 1999 de condamner la société Bacardi pour usurpation de la marque *Havana Club* et tromperie du consommateur⁴²⁷ au motif que c'est à la société *HCH* d'apporter la preuve qu'elle a obtenu de la famille Arechabala l'autorisation de garder le nom de la marque⁴²⁸. La Cour d'appel, toujours sur la base de la Section 211, a confirmé la décision de première instance. La Cour Suprême, quant à elle a décidé de ne pas analyser le recours⁴²⁹.

101. Cependant, le Groupe Pernod Ricard n'a pas attendu les suites de ces actions judiciaires pour approcher les instances communautaires. Bien au contraire, dès 1997, des démarches ont été effectuées « *aussi bien auprès de la DG I de l'époque que du Cabinet du Commissaire Brittan* », comme a déclaré M. Jean Rodesch, alors Directeur des affaires européennes auprès du groupe Pernod Ricard⁴³⁰. Mais l'idée de lancer une procédure

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Idem.*

⁴²⁵ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle, op.cit.*, p. 121.

⁴²⁶ J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 2 ; L. Lankarani, « Une autre «loi d'application extraterritoriale » américaine. L'Europe face à l'article 211 de la loi générale portant ouverture de crédits de 1998 », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, janvier-mars 2006, n°1, p.104.

⁴²⁷ J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 2.

⁴²⁸ EIS, « UE/ETATS-UNIS - conflit sur le droit d'user du nom de "Havana Club" », *Europolitique*, 15 septembre 1999. Or, si c'est la loi américaine de l'époque qui s'appliquait, l'issue du procès aurait été favorable aux intérêts cubains. Voir les déclarations du représentant de Cuba à ce sujet, ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} février 2002*, WT/DSB/M/119, 6 mars 2002, p. 7.

⁴²⁹ EIS, « UE/ETATS-UNIS - Pernod défend son rhum à la Cour suprême des États-Unis », *Europolitique*, 10 juin 2000 ; J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p.2. En outre, la disposition en question a entraîné de fait le rejet inattendu de sa demande de renouvellement du dépôt de la marque, régulièrement effectué jusqu'alors par l'Office fédéral des brevets et marques mais dont la compétence était désormais transférée, du fait de cette loi, au tribunal de l'Office fédéral des brevets et marques (voir L. Lankarani, « Une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine. L'Europe face à l'article 211 de la loi générale portant ouverture de crédits de 1998 », *op.cit.*, p. 104). Il en résulte que le Groupe Pernod-Ricard ne peut donc empêcher son concurrent direct, Bacardi, d'en faire usage sur le marché américain. Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *Journal du Droit International*, 2002, n°3, p. 912.

⁴³⁰ J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 3.

contentieuse n'a toutefois été évoquée qu'à partir de l'adoption surprise de la section 211 par le Congrès américain en 1998⁴³¹. Pour le Groupe Pernod Ricard ainsi que pour la Commission européenne, la Section 211 aurait été préparée par des juristes pour le compte de la société Bacardi⁴³². À l'issue de vaines discussions avec les autorités américaines⁴³³ et compte tenu du contexte politique dans lequel s'inscrit la question⁴³⁴, l'idée première d'user de la procédure du Règlement sur les obstacles au commerce fut ainsi abandonnée au profit d'une décision de lancer une procédure de règlement des différends à l'OMC⁴³⁵. Le 7 juillet 1999, la Commission européenne passe à l'offensive pour Pernod Ricard et porte l'affaire « Havana Club » devant l'OMC au nom des Communautés européennes et de leurs États membres⁴³⁶. L'affaire est enregistrée à l'OMC sous la référence *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176⁴³⁷.

102. Toutefois, malgré les bonnes intentions affichées par l'action de la Commission européenne auprès de l'OMC, certains ont douté quant à l'intérêt de l'Union dans cette affaire. Dans la question écrite posée à la Commission, un membre du parlement, Roberta Angelilli, accusa indirectement la Commission de défendre les intérêts d'un seul

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² EIS, « UE/ÉTATS-UNIS - Conflit sur le droit d'user du nom de "Havana Club" », *op.cit.*, 15 septembre 1999. En effet, cette loi est en rapport étroit avec les intérêts de l'initiateur Bacardi. Voir L. Lankarani « Une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine. L'Europe face à l'article 211 de la loi générale portant ouverture de crédits de 1998 », *op.cit.*, p. 104.

⁴³³ Pascal Lamy, alors commissaire européen en charge du Commerce, a relevé que « la Communauté et ses États membres ont fait valoir à diverses reprises auprès des États-Unis, l'incompatibilité de l'article 211 avec l'accord TRIPS de l'OMC, notamment lors des trois derniers sommets UE-US et lors des deux Conseils TRIPS OMC afin de trouver une solution à l'amiable à cette question. L'administration américaine a constamment refusé d'engager une discussion de fond » (Réponse commune aux questions écrites E-0820/00 et E-0821/00 donnée par M. Lamy au nom de la Commission, Article 211 de l'Omnibus Appropriation Act des États-Unis. , Journal officiel des Communautés européennes, C 46 E/51, 13.2.2001. Disponible en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:046E:0051:0052:FR:PDF> (consulté le 16 janvier 2016). La question fut même discutée avec la délégation américaine en marge du Round de Seattle (décembre 1999) « j'y étais et on pourra dire que l'on a tout essayé (Commission comme Pernod Ricard) pour éviter d'aller à l'OMC pour régler ce contentieux », a déclaré M. J. Rodesch, Directeur des affaires européennes auprès du groupe Pernod Ricard (J. Rodesch, « Symposium sur l'accès aux marchés », *op.cit.*, p. 3).

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Idem* ; D. Gadbin et A. Hervé, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *op.cit.*, fasc. 2330, § 35. La décision a été prise sur la base de la procédure de l'ex-article 133 CE. En effet, la Commission a proposé au Comité 133 sur la base dudit article de solliciter l'ORD. La décision est prise à l'unanimité dans la mesure où il ne s'agit pas de plainte formelle, c'est-à-dire déposée au titre du Règlement sur les obstacles au commerce. Voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, pp. 121-122.

⁴³⁶ En effet, à cette date-là, l'Accord sur les ADPIC faisait encore partie du domaine où la compétence de la Communauté européenne est partagée avec ses États membres. OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes et leurs États Membres*, WT/DS176/1, IP/D/20, 15 juillet 1999.

⁴³⁷ L'affaire a fait même l'objet d'un rapport du Groupe spécial et de l'Organe d'appel. Voir *infra*, § 550 et s.

groupe économique et non pas les intérêts européens généraux⁴³⁸. En réponse à cette question, M. Pascal Lamy, alors Commissaire européen en charge du commerce⁴³⁹, a déclaré au nom de la Commission que « *son seul souci est de voir les États-Unis appliquer correctement l'accord TRIPS de l'OMC. En effet, si jusqu'à présent l'article 211 n'a été appliqué qu'une fois, il pourrait affecter toutes les entreprises européennes entretenant des relations commerciales avec Cuba* »⁴⁴⁰.

Cela étant, comme l'écrivait De Filippis Vittorio, les « *Américains et Européens s'opposaient déjà sur la viande aux hormones, les OGM, la banane et les subventions aux entreprises... Un p'tit coup de rhum ne pouvait pas faire de mal* »⁴⁴¹.

103. En définitif, ces deux exemples d'affaires montrent bien que les entreprises privées sont en mesure de déclencher, via la voie formelle comme informelle, les procédures de règlement des différends de l'OMC.

104. De ce qui précède, on a vu que c'est uniquement les Membres de l'OMC qui ont le droit d'engager au titre du Mémoire d'accord la procédure de règlement des différends de l'OMC au regard de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, comme nous allons voir, ce droit ne peut être exercé que pour des différends soumis en vertu dudit accord.

Chapitre 2 - Des différends soumis au règlement en vertu de l'Accord sur les ADPIC

105. L'article 1:1 du Mémoire d'accord dispose, dans la partie qui nous intéresse, que ses règles et procédures « *s'appliqueront aux différends soumis en vertu des*

⁴³⁸ Question écrite E-0821/00 posée par Roberta Angelilli (UEN) à la Commission, Article 211 de l'Omnibus Appropriation Act des États-Unis. JO C 46E du 13.2.2001, p. 51

⁴³⁹ N'étant pas encore Directeur général de l'OMC. Il a en effet accédé à ce poste en septembre 2005 jusqu'à août 2013.

⁴⁴⁰ Réponse commune aux questions écrites E-0820/00 et E-0821/00 donnée par M. Lamy au nom de la Commission, Article 211 de l'Omnibus Appropriation Act des États-Unis, *Journal officiel des Communautés européennes*, C 46 E/51, 13.2.2001. En fait, comme l'écrit Joost Pauwelyn, "this case and the broader battle between Pernod-Ricard and Bacardi did not focus on immediate commercial interests but rather on market shares that would arise when the United States eventually restores trade relations with Cuba in the future" (J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol.1, issue 2, p. 418).

⁴⁴¹ V. De Filippis, « Havana Club, rhum de discorde. L'Union européenne attaque les États-Unis devant l'OMC pour protectionnisme », *Libération, Economie*, 5 juillet 2000.

dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des [...] “accords visés”»⁴⁴².

106. Dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC, c’est l’article 64 qui est spécifiquement consacré aux « *règlement des différends* ». À son premier alinéa, cet article prévoit, de manière générale, que les règles et procédures du Mémoire d’accord « *s’appliqueront aux consultations et règlement des différends* » dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC, « *sauf disposition contraire expresse de ce dernier* ».

Deux principes importants sont à relever de cette disposition : i) les règles et procédures du Mémoire d’accord ne peuvent être activées que pour des différends découlant de l’Accord sur les ADPIC (Section 1), et que ii) leur application reste soumise aux dispositions prévues par l’Accord sur les ADPIC définissant le fondement des différends recevables. S’agissant de ce deuxième principe, l’on remarquera effectivement que l’alinéa 2 de l’article 64 est un exemple de « *disposition contraire expresse* »⁴⁴³. En effet, ce paragraphe prévoit expressément que les situations de non-violation ne peuvent constituer, pendant une période transitoire, de fondement d’une action au titre de l’Accord sur les ADPIC⁴⁴⁴. Alors qu’en principe, dans le cadre du système de règlement des différends de l’OMC, des différends peuvent être soulevés non seulement lorsqu’un accord ou un engagement aurait été violé, mais aussi lorsqu’un avantage escompté au titre d’un accord aurait été annulé sans violation de la lettre de cet accord. Par conséquent, les Membres ne peuvent soumettre leur différend à l’ORD au titre de l’Accord sur les ADPIC, que sur le fondement de la violation d’une règle issue de cet accord (Section 2).

⁴⁴² Le fondement ou motif d’un différend soumis à l’OMC doit donc se trouver dans les accords visés, à savoir dans les dispositions en matière de « consultations et règlement des différends » figurant dans ces Accords de l’OMC. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends : Chapitre 4: Le fondement juridique d’un différend, en ligne* : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s1p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017) ; J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l’OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 144.

⁴⁴³ Décisions des arbitres, *Communautés européennes – Régime applicable à l’importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l’arbitrage au titre de l’article 22:6 du mémorandum d’accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB/ECU, distribué le 24 mars 2000, par. 150.

⁴⁴⁴ Th. Flory, *L’Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, op.cit., p. 189.

Section 1 : Des différends découlant de l'Accord sur les ADPIC

107. Le règlement des différends à l'OMC dans le cadre du Mémorandum d'accord est axé sur la détermination des droits et obligations découlant des Accords de l'OMC⁴⁴⁵. Les Membres ne peuvent donc solliciter le système de règlement des différends de l'OMC pour un différend de propriété intellectuelle seulement si ce dernier entre dans le champ d'application de l'Accord sur les ADPIC. Autrement dit, l'objet d'un différend relatif à la propriété intellectuelle doit se trouver dans l'Accord sur les ADPIC car tout différend relatif à la propriété intellectuelle ne donne pas systématiquement le droit d'action au titre du Mémorandum d'accord.

108. Ainsi, afin d'identifier ce qui relève de l'Accord sur les ADPIC et, partant, de la juridiction du système de règlement des différends de l'OMC, il est important de présenter les droits et obligations des Membres au titre de l'Accord sur les ADPIC⁴⁴⁶(§1). Il est intéressant aussi de s'interroger sur le sort de certains secteurs, non couverts par l'accord, malgré leur importance dans le domaine de la propriété intellectuelle. On songe ici particulièrement aux droits moraux, exclus du fait de l'insistance des États-Unis, et à la fameuse règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, pourtant éminemment commerciale⁴⁴⁷ et très importante pour le contrôle des flux mondiaux⁴⁴⁸(§2).

§1 : Les droits et obligations des Membres de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC

109. Il n'est pas dans l'objet de cette section d'examiner de façon détaillée tout le contenu de l'Accord sur les ADPIC, mais plutôt de présenter l'essentiel afin de montrer de manière générale les droits et obligations fondamentaux des Membres de l'OMC, lesquels déterminent les causes possibles de différends⁴⁴⁹.

110. Comme il ressort du préambule, l'Accord sur les ADPIC a clairement pour objectif de remédier aux disparités de protection des droits de propriété intellectuelle dans le

⁴⁴⁵ OMC, *Rapport du président M. l'Ambassadeur Ronald Sa Ronald Saborio Soto, au Comité des négociations commerciales*, Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, TN/DS/25, 21 avril 2011, page A-31.

⁴⁴⁶ Cette présentation nous paraît indispensable car il serait insatisfaisant d'aborder le thème du règlement des différends dans le contexte de l'ADPIC sans disposer préalablement d'une bonne connaissance des obligations générales et engagements spécifiques qui composent cet accord.

⁴⁴⁷ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 155.

⁴⁴⁸ J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 452.

⁴⁴⁹ En ce sens, OMC, *Module de formation au système de règlement des différends : Chapitre 4 : Le fondement juridique d'un différend*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s1p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

monde, ce qui constituait autant de distorsions et d'entraves au commerce international⁴⁵⁰. À cette fin, l'accord a fixé au niveau mondial le « standard minimum »⁴⁵¹ de la protection de la propriété intellectuelle que chaque Membre de l'OMC doit garantir⁴⁵² (B). Il a également prescrit le respect de certains principes désormais applicables aux matières couvertes par l'accord (A).

A. Le respect des principes prescrits par l'Accord sur les ADPIC

111. L'Accord sur les ADPIC prescrit l'application à ce domaine de certains principes de base qui s'articulent principalement autour de la règle du traitement national, de la règle du traitement de la nation la plus favorisée (1) et de la règle de transparence (2).

1. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée

112. L'Accord sur les ADPIC énonce l'application au domaine de la protection de la propriété intellectuelle qu'il couvre⁴⁵³ de deux règles cardinales et traditionnelles du commerce international qui sont celle du traitement national et celle du traitement de la nation la plus favorisée⁴⁵⁴. La notion de « protection de la propriété intellectuelle » est définie dans l'Accord sur les ADPIC comme englobant « *les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les*

⁴⁵⁰ OMC, *Comprendre l'OMC*, publication de l'OMC, 2010, p. 39. Voir également É. Combe et É. Pfister, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 64.

⁴⁵¹ J.H. Reichman, "Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement", *International Lawyer*, 1995, vol. 29, n°2, p. 345. Ce standard est aussi appelé « niveau minimum », par certains auteurs. Voir, par exemple, Thu-Lang Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC: un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 148.

⁴⁵² En effet, aux termes de l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres ont l'obligation de « *donner effet* » aux dispositions dudit accord. L'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC renforce cette idée d'une nécessaire conformité du droit interne aux droits de l'OMC. Cet article énonce que « *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* ». Sur cette clause de conformité, voir Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international*, 2002, vol.48, pp. 657-674.

⁴⁵³ Dans le paragraphe a) du préambule de l'Accord sur les ADPIC, qui constitue un résumé du mandat de négociation, il est indiqué que les Membres reconnaissent la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 177.

⁴⁵⁴ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 380, §1032. Ces deux principes (le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée) sont deux éléments du principe de non-discrimination, pilier du système de l'OMC. OMC E-Learning, *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, octobre 2011, p. 28, disponible en ligne : https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_508/CourseContents/TRIPS-F-R3-Print.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

faire respecter ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle »⁴⁵⁵.

113. S'agissant du principe du **traitement national**, en vertu de l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres doivent accorder aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent à leurs propres ressortissants⁴⁵⁶. Autrement dit, il s'agit d'assimiler les ressortissants étrangers aux nationaux en leur octroyant les mêmes droits en matière de propriété intellectuelle⁴⁵⁷. Cela implique la suppression dans les droits internes de la propriété intellectuelle de toutes mesures discriminatoires à l'égard des ressortissants des autres Membres de l'OMC⁴⁵⁸.

L'instauration de ce principe dans le cadre juridique de la propriété intellectuelle n'est pas une nouveauté. Cette règle était même « la pierre angulaire » des grandes conventions existantes du siècle dernier en matière de propriété intellectuelle, notamment la Convention de Paris (article 2(1)) et la Convention de Berne (article 5(1))⁴⁵⁹. Toutefois, l'Accord sur les ADPIC apporte une nouveauté dans la portée de ce principe. En effet, si celle-ci était jusque-là limitée à la seule protection des droits de propriété intellectuelle, l'accord va au-delà et, de façon significative, y ajoute l'exercice de ces derniers⁴⁶⁰.

Ce principe ainsi étendu reste cependant soumis aux exceptions déjà prévues dans la Convention de Paris (1976), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés⁴⁶¹. Sont aussi exclus de l'application de cette obligation les droits des artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion qui ne sont

⁴⁵⁵ La note de bas de page 3 relative à l'article 3 de l'Accords les ADPIC. Cette notion s'applique aussi bien à l'article 3 qu'à l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁵⁶ L'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC. Pour un commentaire de cet article, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 199-207. Voir également G.E. Evans, "TRIPS and the Sufficiency of the Free Trade Principles", *The Journal of World Intellectual Property*, 1999, vol. 2, issue 5, p. 711 ; H.P. Kunz-Hallstein, "The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property", *op.cit.*, pp. 273-275.

⁴⁵⁷ A.Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 437. La disposition a été interprétée et appliquée dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176) et les affaires concernant les plaintes respectives des États-Unis (WT/DS174) et de l'Australie (WT/DS290) à l'encontre des Communautés européennes au sujet de la *protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*. Voir *infra*, §736 et s.

⁴⁵⁸ J. Schmidt-Szalewski, « Le rôle des pays en voie de développement dans l'accord de Marrakech », *op.cit.*, p. 30.

⁴⁵⁹ G.E. Evans, "TRIPS and the Sufficiency of the Free Trade Principles", *op.cit.*, p. 711. Voir aussi H.P. Kunz-Hallstein, "The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property", *op.cit.*, pp. 273-277 ; J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 455.

⁴⁶⁰ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 380, § 1034.

⁴⁶¹ L'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC.

pas visés par l'Accord sur les ADPIC⁴⁶². En outre, l'article 5 prévoit également que l'obligation du traitement national ne s'applique pas aux procédures prévues par les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'OMPI pour l'acquisition ou le maintien de droits de propriété intellectuelle. Enfin, comme en ce qui concerne les autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, le principe du traitement national est aussi sujet à l'exception générale de sécurité publique énoncée dans l'article 73 dudit accord⁴⁶³.

114. Quant au principe du **traitement de la nation la plus favorisée (NPF)**, il est énoncé dans l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC. En vertu dudit article, « *en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres* »⁴⁶⁴. Il faut du reste observer que l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC reprend exactement les termes de l'article I:1 du GATT en ce qui concerne le commerce des marchandises, en les transposant dans le domaine de la propriété intellectuelle, en déplaçant l'objet des marchandises aux titulaires de droits⁴⁶⁵.

L'application de ce principe dans le cadre juridique de la propriété intellectuelle est, contrairement au cas du traitement national, une réelle nouveauté⁴⁶⁶. Dans le domaine des ADPIC, le principe de la nation la plus favorisée est énoncé dans le but d'étendre des

⁴⁶² *Ibid.* Ces exceptions autorisées ci-dessus, peuvent être invoquées par les Membres en ce qui concerne les procédures judiciaires et administratives, y compris l'élection de domicile ou la constitution d'un mandataire dans le ressort d'un Membre, mais ceci uniquement que si elles sont nécessaires pour assurer le respect des lois et réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et où de telles pratiques ne sont pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce. Voir l'article 3:2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁶³ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p.694.

⁴⁶⁴ Pour un commentaire de cet article, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, pp. 207-215. La disposition a été interprétée et appliquée dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)*. Sur cette affaire, voir *infra*, 550 et s.

⁴⁶⁵ Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel, op.cit.*, pp. 176-177. En effet, l'article I:1 du GATT de 1994 dispose que « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes* ». Et, la première phrase de l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC dispose que « *en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres* ».

⁴⁶⁶ Cette insertion du principe du traitement de la nation la plus favorisée dans le projet d'Accord sur les ADPIC, a été voulue par les pays en développement afin d'éviter de subir l'unilatéralisme et le bilatéralisme des plus puissants. Voir S. Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité, op.cit.*, p. 324. Voir également A. Tankoano, « L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, pp. 438-439.

privilèges, et non en vue d'éliminer ces privilèges lorsqu'ils sont conférés de manières discriminatoires, comme c'est le cas dans le cadre du GATT ou de l'AGCS⁴⁶⁷.

Cela étant, même si l'introduction du principe de la nation la plus favorisée peut être considérée comme une nouveauté, son champ d'application dans le domaine des ADPIC reste néanmoins réduit, en raison de l'existence de certaines exceptions⁴⁶⁸. L'article 4 de l'Accord énonce que sont ainsi exemptés de l'obligation du traitement de la NPF tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre : a) qui découlent d'accords internationaux concernant l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois en général et ne se limitent pas en particulier à la protection de la propriété intellectuelle ; b), qui sont accordés conformément aux dispositions de la Convention de Berne ou de la Convention de Rome qui autorisent que le traitement accordé soit fonction non pas du traitement national mais du traitement accordé dans un autre pays ; c) pour ce qui est des droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion qui ne sont pas visés par l'Accord sur les ADPIC ; d) qui découlent d'accords internationaux se rapportant à la protection de la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord sur l'OMC, à condition que ces accords soient notifiés au Conseil des ADPIC et ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable à l'égard des ressortissants d'autres Membres. En outre, l'article 5 prévoit également que l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique pas aux procédures prévues par les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'OMPI pour l'acquisition ou le maintien de droits de propriété intellectuelle. Enfin, comme toutes les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, le principe du traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique pas dans les cas visés par l'exception générale relative à la sécurité publique prévue par l'article 73 dudit accord⁴⁶⁹.

115. En définitif, comme dans le GATT⁴⁷⁰ et l'AGCS⁴⁷¹, l'Accord sur les ADPIC applique aussi les principes de traitement national et traitement de la nation la plus favorisée. Toutefois, il y a lieu de relever une différence notable entre l'Accord sur les ADPIC et ces accords. En effet, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les deux principes s'appliquent

⁴⁶⁷ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 690 ; A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op.cit., p. 1018, §1409.

⁴⁶⁸ Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, op.cit., p. 177.

⁴⁶⁹ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 691.

⁴⁷⁰ Pour le commerce des marchandises, le principe du traitement national et le principe de la nation la plus favorisée sont respectivement régis par l'article III et l'article premier du GATT.

⁴⁷¹ Pour le commerce des services, le principe du traitement national et le principe de la nation la plus favorisée sont respectivement régis par l'article XVII et l'article II de l'AGCS.

aux « ressortissants »⁴⁷² des Membres alors que dans le cadre du GATT et de l'AGCS, ils s'appliquent respectivement aux marchandises et aux services ou aux fournisseurs de services⁴⁷³.

2. La transparence

116. Le principe de transparence est très important dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Il est d'ailleurs présenté comme une mesure de « prévention » des différends, selon l'intitulé de la Partie V de cet accord.

117. L'obligation de transparence est consacrée à l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC⁴⁷⁴. Ce dernier impose aux Membres de l'OMC de publier leurs lois, réglementations et décisions judiciaires et administratives finales d'application générale, qui visent les questions faisant l'objet de l'Accord sur les ADPIC (existence, portée, acquisition des droits de propriété intellectuelle et moyens de les faire respecter et prévention d'un usage abusif de ces droits)⁴⁷⁵. Toutefois, dans les cas où la publication ne serait pas réalisable, les Membres sont tenus de mettre ces actes à la disposition du public⁴⁷⁶, dans une langue nationale de façon à permettre aux gouvernements et aux détenteurs de droits d'en prendre connaissance⁴⁷⁷. De plus, chaque Membre devra être prêt à fournir à un autre Membre qui lui en fait la demande par écrit des renseignements concernant ses lois et réglementations⁴⁷⁸. Les Membres de

⁴⁷² Dans son rapport sur les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plainte des États-Unis WT/DS174 et plainte de l'Australie, WT/DS290), le Groupe spécial a indiqué que les critères à appliquer pour déterminer qui sont les « ressortissants » au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC sont les mêmes que ceux utilisés en droit international public. Voir le 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, par 7.150 ; le 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, par. 7.200).

⁴⁷³ Voir OMC E-Learning, *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, op.cit., pp. 28 -30.

⁴⁷⁴ Cette obligation est semblable à celle que l'on trouve dans la plupart des Accords de l'OMC, notamment dans le GATT de 1994 (article X) et dans l'AGCS (article III). Sur ce principe, voir H. Kazzi, « Le principe de transparence dans les accords de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2010, n°4, pp. 703-722 ; H. Lesaffre, « Chapitre 28. Les règles de fond », in P. Daillier, G. De La Pradelle et H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X)*, Paris, Pedone, 2004, pp. 342-344.

⁴⁷⁵ L'article 63:1 de l'Accord sur les ADPIC. À noter que cette obligation s'étend également aux accords bilatéraux contractés par les Membres de l'OMC dans le domaine de la propriété intellectuelle. Voir l'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁷⁶ Cette mise à la disposition du public peut se faire par exemple, sur internet. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 474.

⁴⁷⁷ L'article 63:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁷⁸ L'article 63:3 de l'Accord sur les ADPIC.

l'OMC sont aussi tenus de notifier leurs lois et réglementations au Conseil des ADPIC⁴⁷⁹ afin de l'aider dans son examen du fonctionnement de l'accord⁴⁸⁰. Bien entendu, dans tous les cas, cette obligation de transparence n'obligera pas les Membres à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées⁴⁸¹.

118. Ces notifications présentent de nombreux avantages, comme le relève Matthijs Geuze : *“First, the prospect of it may have a useful ex ante effect on legal drafters; second, it can and does help remove misunderstandings about a country’s legislation; third, it leads to the identification of areas of differences of interpretation as well as deficiencies in Members’ legislation. (...)The fourth benefit which has flowed from the process is that it is an important educational tool for developing and transition-economy WTO Members still in the process of bringing their legislation into TRIPS conformity”*⁴⁸².

119. En principe l'obligation de notification est applicable à la fin de la période de transition déterminée⁴⁸³, à l'exclusion des dispositions qui sont d'application immédiate, c'est-à-dire à partir du 1^{er} janvier 1995⁴⁸⁴. Le Conseil des ADPIC l'a d'ailleurs expressément

⁴⁷⁹ Le Conseil des ADPIC est l'un des trois Conseils au sein de l'OMC. Les deux autres étant le Conseil du commerce des marchandises et le Conseil du Commerce des services. Il est institué par l'Accord sur l'OMC (article IV, §5) et l'Accord sur les ADPIC (article 68). L'une des fonctions éminentes de ce Conseil est de superviser la bonne application de l'Accord sur les ADPIC. Mais le Conseil du TRIPS aura aussi pour mission de contribuer à la prévention ou au règlement des différends, et il lui appartiendra de « *fournir toute aide sollicitée par les Etats Membres dans le contexte des procédures de règlement des différends* » selon les termes de l'article 68 de l'Accord sur les ADPIC. Voir B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 148.

⁴⁸⁰ Mais, le Conseil des ADPIC pourra décider de supprimer cette obligation si un registre commun des lois et réglementations est mis au point avec l'OMPI. Voir l'article 63:2 de l'Accord sur les ADPIC. En effet, rappelons que l'OMC et l'OMPI ont signé un accord de coopération le 22 décembre 1995. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (voir l'article 68 de l'Accord ADPIC). Pour plus de détails sur cette procédure, notamment concernant les notifications à présenter conformément aux obligations qui découlent des dispositions de l'article 6ter de la Convention de Paris (1967), voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 475-477.

⁴⁸¹ L'article 63:4 de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, les données d'une entreprise privée relatives à son chiffre d'affaires, ses marges de profit ou ses secrets de fabrique. Exemple cité par le Professeur Daniel Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 477.

⁴⁸² M. Geuze, “Patent Rights in the Pharmaceutical Area and their Enforcement. Experience in the WTO Framework with the Implementation of the TRIPS Agreement”, *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol. 1, issue 4, p. 598. Dans le même ordre d'idées, Adrian Otten écrit que « *la perspective pour un pays de soumettre sa législation à une révision détaillée a pour corolaire un effet ex ante qui a lui-même pour effet de concentrer sur la mise en œuvre de leurs obligations l'attention de ceux qui en sont chargés. Le mécanisme de révision peut également être considéré comme un moyen de prévention des litiges et permettant ainsi d'éviter le débordement du système de règlement des différends* » (A. Otten, « L'importance fondamentale de l'Accord ADPIC pour une mise en œuvre améliorée des droits d'auteur », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin, 1999, p. 56).

⁴⁸³ Sur ces périodes de transition, voir *infra*, §177 et s.

⁴⁸⁴ A. Otten, « L'importance fondamentale de l'Accord ADPIC pour une mise en œuvre améliorée des droits d'auteur », *op.cit.*, p. 55.

indiqué qu'« à compter du moment où un Membre est tenu de commencer à appliquer une disposition de l'Accord sur les ADPIC, les lois et réglementations correspondantes seront notifiées sans tarder »⁴⁸⁵.

120. Cette obligation de transparence a été invoquée devant les organes de l'OMC chargés du règlement des différends dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50). Les États-Unis (partie plaignante) ont inclus une revendication de manque de transparence de la part de l'Inde, qu'ils accusaient d'avoir insuffisamment publié les détails de son système de demandes de brevets. Le Groupe spécial a examiné la question de la date d'application de l'obligation de transparence contenue dans l'article 63 concernant la disposition affectée par la mesure en cause, en l'occurrence la disposition relative aux produits pharmaceutiques et aux produits chimiques pour l'agriculture (article 70:8 a de l'Accord sur les ADPIC). Ainsi, dans la mesure où cette disposition est applicable immédiatement, tous les Membres de l'OMC, y compris les pays en développement, sont tenus, à partir du 1^{er} janvier 1995, de publier et de notifier au Conseil des ADPIC les mesures d'application générale qui les concernent⁴⁸⁶. Sur la base de ce raisonnement, le Groupe spécial a considéré que l'Inde a manqué à ses obligations de transparence. Toutefois, cette conclusion a été infirmée par l'Organe d'appel simplement au motif que l'allégation n'entraîne pas dans son mandat⁴⁸⁷.

121. À côté de ces principes de base, les Membres doivent aussi respecter le standard minimum pour la protection et la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

B. Le respect de standards minimums pour la protection de la propriété intellectuelle

122. Comme évoqué précédemment, l'Accord sur les ADPIC a très clairement pour objectif d'atténuer les différences dans la manière dont les droits de propriété intellectuelle sont protégés et respectés dans le monde et à les soumettre à des règles internationales

⁴⁸⁵ OMC, Conseil des ADPIC, *Procédures de notification des lois et réglementations nationales et établissement possible d'un registre de ces lois et réglementations au titre de l'article 63:2, Décision du Conseil des ADPIC du 21 novembre 1995*, IP/C/2, 30 novembre 1995.

⁴⁸⁶ Voir le rapport précité du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets (États-Unis)*) WT/DS50/R, distribué le 5 septembre 1997, par. 7.46 et 7.49.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, par. 7.50 et le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998, par. 85 à 96. À ce sujet, voir *infra*, §262 et 508.

communes⁴⁸⁸. Pour la réalisation de cet objectif, l'accord fixe de standards minimums⁴⁸⁹ de protection de la propriété intellectuelle que chaque Membre de l'OMC doit assurer aux autres Membres⁴⁹⁰. Ceux-ci englobent non seulement des normes fondamentales de protection pour chaque droit de propriété intellectuelle couvert par l'accord (1), mais aussi de moyens pour faire respecter ces droits (2).

123. Dans cette perspective, il convient de préciser que les Membres sont libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les prescriptions de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. Aussi, aucun Membre de l'OMC ne pourra être contraint d'accorder un niveau de protection plus fort que celui défini dans l'Accord sur les ADPIC⁴⁹¹. L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC est très clair à ce sujet, en indiquant que « *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* ». La formulation permissive de cette disposition, donne le droit à un Membre de refuser les exigences d'autres Membres qui souhaiteraient une protection plus forte⁴⁹², ainsi de le protéger des plaintes dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC⁴⁹³. En somme, les Membres ont la possibilité de prévoir une protection de la propriété intellectuelle plus étendue s'ils le souhaitent mais, ils ne peuvent pas, dans les domaines et pour les questions visées, conférer un degré de protection moindre que celui défini par l'accord⁴⁹⁴.

1. Les normes relatives aux différentes catégories de droit de propriété intellectuelle

124. L'Accord sur les ADPIC couvre sept catégories de droits de propriété intellectuelle qui sont : droits d'auteur et droits connexes (a) ; marques de fabrique ou de

⁴⁸⁸ OMC, *Comprendre l'OMC, op.cit.*, p.39.

⁴⁸⁹ La justification de ce minimum conventionnel est simple. La plupart du temps, les États ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le niveau de protection le plus élevé. Ils se contentent donc de définir une protection de base qui ne demande qu'à être dépassée. Voir J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 452.

⁴⁹⁰ Tous les Membres de l'OMC sont tenus d'aligner leur législation sur le standard minimum établi et ce, à l'issue d'une période de transition donnée qui varie en fonction de leur niveau de développement. Sur les périodes de transition, voir *infra*, §173 et s.

⁴⁹¹ Voir C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), op.cit.*, p. 27.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 148.

⁴⁹⁴ Voir C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), op.cit.*, p. 27.

commerce (b) ; indications géographiques (c) ; dessins et modèles industriels (d) ; brevets (e) ; schémas de configuration de circuits intégrés (g) et renseignements non divulgués (f)⁴⁹⁵.

Tableau n°3 : Les principaux domaines d'application des droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC⁴⁹⁶

Type de catégorie de droits de propriété intellectuelle	Les principaux domaines
Droits d'auteur et droits connexes	Édition, divertissement (audio, vidéo, cinéma), logiciels, radiodiffusion
Marques	Toutes branches de production
Indications géographiques	Vins, alcools, fromages et autres produits alimentaires
Dessins et modèles industriels	Vêtements, automobiles, électronique, etc.
Brevets	Produits chimiques, médicaments, matières plastiques, moteurs, turbines, produits électroniques, commandes industrielles et équipement scientifique
Schémas de configuration de circuits intégrés	Microélectronique
Renseignements commerciaux non divulgués	Toutes branches de production

125. Pour chacune de ces catégories de droits, l'Accord sur les ADPIC établit les normes minimales de protection qui doivent être prévues dans la législation nationale de chaque Membre de l'OMC. Les principaux éléments de la protection sont aussi définis, à savoir l'objet protégé, les droits conférés et les exceptions admises à ces droits, ainsi que la durée minimale de la protection⁴⁹⁷.

126. Avant d'aborder ces éléments essentiels de la protection pour chaque catégorie couverte par l'Accord sur les ADPIC⁴⁹⁸, il est important de relever deux points importants :

⁴⁹⁵ L'Accord sur les ADPIC comprend également des dispositions relatives à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des licences contractuelles. Pour autant, l'accord ne couvre pas tous les domaines de la propriété intellectuelle, tels que les droits des obtenteurs et des modèles d'utilité. Voir C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, op.cit., p. 9.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁹⁷ A. Otten & H. Wager, "Compliance with TRIPS: The Emerging World View", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, vol. 29, p. 396.

⁴⁹⁸ Il n'est pas dans l'objet de ce paragraphe de procéder à une étude exhaustive de toutes les dispositions juridiques de fond de l'Accord sur les ADPIC, mais plutôt de présenter l'essentiel de ce dispositif afin de ressortir les obligations de fond que les Membres doivent respecter au titre de cet accord.

En premier lieu, l'accord établit ces normes minimales de protection en exigeant des Membres le respect des obligations de fond, le « noyau dur »⁴⁹⁹, énoncées dans les Conventions de Paris, de Berne, et aussi dans le Traité de Washington⁵⁰⁰. Rappelons que l'Accord sur les ADPIC a procédé ainsi par la technique du « renvoi » qui s'analyse comme une véritable incorporation d'un instrument à un autre⁵⁰¹. Pour certains, il s'agit bien d'« accords visés » fût-ce indirectement, même s'ils ne sont pas mentionnés à l'Appendice 1 du Mémoire d'accord⁵⁰². Ainsi, “*those WIPO obligations are now also WTO obligations and can be enforced through WTO dispute settlement*”⁵⁰³. Toutefois, il importe d'observer que cette incorporation n'est que partielle⁵⁰⁴. On ne peut en effet invoquer l'incompatibilité avec la Convention de Paris⁵⁰⁵ et, donc, avec l'Accord sur les ADPIC, que pour les articles

⁴⁹⁹ J. Schmidt-Szalewski, « La propriété intellectuelle dans la mondialisation », *Propriété industrielle*, juin 2006, Étude 20, p. 27 ; D. Carreau et P. Julliard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 376, §1018.

⁵⁰⁰ Voir A. Otten & H. Wager, “Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *op.cit.*, p. 396.

⁵⁰¹ Sur cette technique de renvoi, voir *supra*, §47.

⁵⁰² É. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, n°1, p. 12. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), « l'article 6 quinquies de la Convention de Paris (1967), de même que certaines autres dispositions spécifiées de la Convention de Paris (1967), a été incorporé par référence dans l'Accord sur les ADPIC et, donc, dans l'Accord sur l'OMC » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (titre abrégé, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*), WT/DS176/AB/R, adopté le 1^{er} février 2002, par. 124). Il en est de même dans le rapport du Groupe spécial sur les affaires *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques* (plainte des États-Unis, WT/DS174 et plainte de l'Australie, WT/DS290). À propos de l'obligation de traitement national en matière de protection pour les indications géographiques, le Groupe spécial précise que le texte de l'article 2 de la Convention de Paris fait référence aux "pays de l'Union" aux fins d'identifier les États qui ont l'obligation d'accorder le traitement national au titre de cette disposition. Il rappelle ensuite que « l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres de l'OMC à se conformer aux articles 1er à 12 et à l'article 19 de la Convention. Par conséquent, en tant que Membre de l'OMC, les Communautés européennes ont des obligations au titre de l'article 2 de la Convention de Paris (1967), incorporé par l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC » (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, par. 7.215 et 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, par. 7.251). Un dernier exemple se trouve dans le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), où il est indiqué que « du fait de leur incorporation, les règles de fond de la Convention de Berne (1971), y compris les dispositions des articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2, sont devenues partie intégrante de l'Accord sur les ADPIC et en tant que dispositions dudit accord doivent être considérées comme s'appliquant aux Membres de l'OMC » (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, par. 6.18).

⁵⁰³ J. Pauwelyn, “The World Trade Organisation”, in R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 214.

⁵⁰⁴ Voir J. Cazala, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments extérieures à l'Organisation », *op.cit.*, p. 542.

⁵⁰⁵ Dans sa version la plus récente de 1967 qui désigne l'Acte de Stockholm de 1967 de ladite convention. Voir la note de bas de page numéro 2 relative à l'article 1 de l'Accord sur les ADPIC.

premier à 12 et l'article 19 de ladite convention⁵⁰⁶. Il en est de même pour la Convention de Berne⁵⁰⁷ dont seuls les articles 1 à 21 (sauf l'article 6 bis relatif au droit moral de l'auteur) ainsi que l'Annexe de ladite convention peuvent donner lieu à une action devant l'OMC⁵⁰⁸. L'incorporation du Traité de Washington est limitée pour sa part aux articles 2 à 7 (sauf le paragraphe 3 de l'article 6), à l'article 12 et au paragraphe 3 de l'article 16 du Traité⁵⁰⁹. Il faut également relever que dans le cas où des modifications auraient été apportées à ces conventions, l'incorporation ne serait dynamique seulement si les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC en auraient manifesté clairement leur volonté⁵¹⁰. *“Any rights and obligations negotiated later by the party to intellectual property conventions would not affect WTO rights and obligations”*⁵¹¹.

En second lieu, l'Accord sur les ADPIC introduit un nombre important d'obligations supplémentaires, voire plus rigoureuses, sur certaines questions pour lesquelles les conventions préexistantes étaient muettes ou jugées insuffisantes⁵¹². C'est pourquoi on entend souvent parler d'un « Berne plus » concernant le secteur du droit d'auteur protégé par la Convention de Berne⁵¹³, ou d'un « Paris plus » concernant le secteur de la propriété

⁵⁰⁶ L'article 2.1 de l'Accord sur les ADPIC. Il existe d'ailleurs plusieurs affaires dans lesquelles les allégations du plaignant ont été formulées au titre de certaines dispositions de la Convention de Paris. À ce sujet, voir *infra*, § 248.

⁵⁰⁷ Dans sa version récente de 1971 qui désigne l'Acte de Paris de ladite convention. Voir la note de bas de page numéro 2 relative à l'article 1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁰⁸ L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Il existe aussi des affaires dans lesquelles les allégations du plaignant ont été formulées au titre de certaines dispositions de la Convention de Berne. À ce sujet, voir *infra*, § 248.

⁵⁰⁹ L'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵¹⁰ J. Cazala, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce à des instruments extérieurs à l'Organisation », *op.cit.*, p. 549. En effet, conformément au principe de la stabilité des engagements conventionnels, il est difficile de présumer la volonté de l'État de se soumettre aux éventuelles évolutions des normes visées par le renvoi. Les modifications des Conventions de Berne ou de Paris ne seront pas invocables dans le cadre de l'OMC, sauf si elles sont reconnues par les Membres de l'OMC conformément à la procédure de l'article 71:2 de l'Accord sur les ADPIC. Selon cette procédure, « *les amendements qui auront uniquement pour objet l'adaptation à des niveaux plus élevés de protection des droits de propriété intellectuelle établis et applicables conformément à d'autres accords multilatéraux et qui auront été acceptés dans le cadre de ces accords par tous les Membres de l'OMC pourront être soumis à la Conférence ministérielle pour qu'elle prenne les mesures prévues au paragraphe 6 de l'article X de l'Accord sur l'OMC sur la base d'une proposition du Conseil des ADPIC élaborée par consensus* ». Voir J. Cazala, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce à des instruments extérieurs à l'Organisation », *op.cit.*, pp. 549-550 ; du même auteur, « L'OMC à la carte ? Les aménagements conventionnels aux obligations des Membres permis par le droit conventionnel de l'Organisation mondiale du commerce », *Revue Générale de Droit International Public*, 2009, n°1, pp. 57-58 ; T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 146.

⁵¹¹ D. Palmeter & P.C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, July 1998, vol.92, p. 410.

⁵¹² A. Otten & H. Wager, “Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *op.cit.*, p. 397.

⁵¹³ A. Howard & J. Reinbothe, “The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay Round)”, *op.cit.*, p. 161 ; N. W. Netanel, “The Next Tound: the Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement”, *Virginia Journal of International Law Association*, Winter 1997, vol.37, p. 454. Pour certains, il existe désormais une Convention de Berne « à deux vitesses ». La Convention originale de Berne -la Convention

industrielle protégé par la Convention de Paris⁵¹⁴, et même d'un « Washington plus » pour le secteur du schéma de configuration de circuits intégrés protégé par le Traité de Washington⁵¹⁵.

a. Droit d'auteur et droits connexes⁵¹⁶

127. En ce qui concerne le secteur du « **droit d'auteur** »⁵¹⁷, les Membres de l'OMC doivent, au titre de l'Accord sur les ADPIC, respecter les dispositions de fond de la Convention de Berne dans sa version de 1971, avec une exception notable concernant le droit moral⁵¹⁸. Ils doivent aussi respecter ce que l'Accord ADPIC a apporté comme précisions et obligations nouvelles⁵¹⁹. Parmi les nouveautés, l'accord a inclus les programmes

au ralenti- et la Convention telle qu'elle émerge de l'Accord sur les ADPIC. Voir J.C. Ginsburg, « Le GATT/OMC et la propriété intellectuelle », in T. Debard, J. Schmidt, V. Nabhan et D. Turp (dir.), *La régulation juridique des espaces économiques: interactions GATT/OMC, Union européenne, Alena*, Colloque co-organisé par le Centre de Documentation et de Recherche Européennes de l'Université Jean-Moulin Lyon 3 et l'institut Jean-Monnet, Les chemins de la recherche, 1996, p. 204.

⁵¹⁴ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 197.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 400.

⁵¹⁶ C'est la Section 1, intitulée « droit d'auteur et droits connexes » de la partie II de l'Accord sur les ADPIC comportant les articles 9 à 14. Cette section a donné lieu lors des négociations de l'Uruguay Round à une confrontation Nord/Nord entre la conception civiliste du droit d'auteur (telle qu'interprétée par les lois françaises et allemandes) et la notion anglo-saxonne du copyright (dans la configuration surtout que lui donnent la législation et la jurisprudence américaine). Sur ce sujet, voir D. Borges Barbosa, « ADPIC, première décennie: droits d'auteur et accès à l'information. Perspective latino-américaine », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC: dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, p. 381 ; B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 141. M. Bruno Boval explique que si le choix a été porté sur l'expression « droit connexe » plutôt que « droit voisin », c'était « pour surmonter une différence entre les qualifications données aux droits des producteurs, qui aux États-Unis sont investis d'un copyright, alors qu'en Europe on ne leur reconnaît qu'un droit voisin du droit d'auteur, droit voisin, parce qu'il ne porte pas sur une œuvre directement créée par un auteur » (*ibid.*). Dans le même sens, A. Otten & H. Wager soutiennent que « *The section of the TRIPS Agreement on copyright and related rights is intended to be strictly neutral as between the authors' rights and copyright traditions in this area, providing more effective protection in both respects* » (A. Otten & H. Wager, « Compliance with TRIPS: The Emerging World View », *op.cit.*, p. 398).

⁵¹⁷ L'Accord sur les ADPIC a consacré ses articles 9 à 13 au secteur du droit d'auteur. Pour un commentaire détaillé de ces articles, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 230- 275 ; UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 135-194.

⁵¹⁸ C'est-à-dire, ses articles premier à 21 de la Convention de Berne (à l'exception importante de l'article 6 bis concernant le droit moral) et à l'Annexe de ladite convention (voir l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC). Les dispositions de la Convention de Berne auxquelles il est fait référence dans l'Accord sur les ADPIC, traitent de questions comme l'objet de la protection, la durée minimale de la protection, les droits devant être conférés et les limitations admises de ces droits. L'annexe de la Convention dispose que les pays en développement peuvent, dans certaines conditions, prévoir certaines limitations du droit de traduction et du droit de reproduction. Pour un historique sur cette incorporation, voir P. E. Geller, « Can the GATT incorporate Berne whole? », *European Intellectual Property Review*, 1990, 12(11), pp. 423-428.

⁵¹⁹ Tout en confirmant dans son article 9:2 que la protection du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.

d'ordinateurs dans la définition des œuvres littéraires⁵²⁰. Il a aussi étendu le champ d'application des droits d'auteur aux compilations de données (et d'autres éléments) lorsque celles-ci constituent des créations intellectuelles⁵²¹. L'accord a également institué un droit exclusif de location aux auteurs de programmes d'ordinateurs et d'œuvres cinématographiques⁵²².

S'agissant des limitations de droits exclusifs et exceptions à ces droits, les Membres de l'OMC doivent toutefois les restreindre « *à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* »⁵²³. Quant à la durée de la protection à prévoir, l'article 12 de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'à « *chaque fois que la durée de la protection d'une œuvre, autre qu'une œuvre photographique ou une œuvre des arts appliqués, est calculée sur une base autre que la vie d'une personne physique, cette durée sera d'au moins 50 ans à compter de la fin de l'année civile de la publication autorisée, ou, si une telle publication autorisée n'a pas lieu dans les 50 ans à compter de la réalisation de l'œuvre, d'au moins 50 ans à compter de la fin de l'année civile de la réalisation* ».

128. En ce qui concerne les « **droits connexes** », l'Accord sur les ADPIC impose leur protection par le biais de son article 14⁵²⁴. Cette protection vise les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogramme (enregistrements sonores) et les organismes de radiodiffusion⁵²⁵. Les droits qui leur sont reconnus sont identiques à ceux définis par la

⁵²⁰ Il est au surplus précisé que la qualification d'œuvre littéraire porte aussi bien sur le code source que sur le code objet. Voir l'alinéa 1 de l'article 10 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵²¹ L'alinéa 2 de l'article 10 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵²² En effet, ce droit de location au bénéfice de l'auteur n'était pas explicitement mentionné dans l'Acte de Paris de la Convention de Berne. À ce sujet, voir A. Kerever, « Le GATT et le droit d'auteur international. L'Accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, octobre-Décembre 1994, 47(7), p. 633. Désormais, en vertu de l'article 11 de l'Accord sur les ADPIC, en ce qui concerne au moins les programmes d'ordinateur et les œuvres cinématographiques, les Membres ont l'obligation d'instituer un droit de location, permettant « *aux auteurs et à leurs ayants droit le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs œuvres protégées par le droit d'auteur* ». Un Membre sera exempté de cette obligation pour ce qui est des œuvres cinématographiques que si les pratiques de location ont conduit à la réalisation de nombreux exemplaires de copies de ces œuvres qui « *compromet de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans ce Membre aux auteurs et à leurs ayants droit* » (article 11 de l'Accord sur les ADPIC).

⁵²³ L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition a été interprétée et appliquée dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160). Voir *infra*, §693 et s.

⁵²⁴ Pour un commentaire détaillé de cet article, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 266-275 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 198-208.

⁵²⁵ Il est notable de remarquer, à cet égard, que l'Accord sur les ADPIC ne fait aucun renvoi à la Convention de Rome de 1961, comme il l'a fait pour la Convention de Berne. Cela s'explique par le fait que les dispositions de fond pertinentes de la Convention de Rome ont été reprises dans l'Accord sur les ADPIC. Voir A. Kerever, « Le GATT et le droit d'auteur international. L'accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *op.cit.*, p. 635.

Convention de Rome⁵²⁶, à l'exception du droit de location qui fait l'objet d'une disposition particulière⁵²⁷ et de la durée de protection qui a substantiellement augmenté pour les artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes passant de 20 ans⁵²⁸ à 50 ans à compter de la fin de l'année civile de fixation ou d'exécution⁵²⁹.

b. Marques de fabriques ou de commerce⁵³⁰

129. Dans ce secteur, l'Accord sur les ADPIC a aussi non seulement incorporé la protection des marques de fabrique ou de commerce prévue par les articles 6 à 9 de la Convention de Paris⁵³¹, mais a complété ladite convention par un certain nombre d'ajouts.

130. De manière générale, l'Accord sur les ADPIC a défini précisément, et c'est une première au plan multilatéral⁵³², le type de signes pouvant être protégés en tant que marque de

⁵²⁶ Voir J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 457. Les artistes interprètes ou exécutants pourront s'opposer à la radiodiffusion et à la communication au public de leur exécution directe sans leurs autorisation (article 14:1 de l'Accord sur les ADPIC). Les producteurs de phonogrammes jouiront d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs phonogrammes (article 14:2 de l'Accord sur les ADPIC) ; les organismes de radiodiffusion auront le droit exclusif d'interdire la fixation, la reproduction de fixation et la réémissions par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision (article 14:3 de l'Accord sur les ADPIC).

⁵²⁷ L'article 14:4 de l'Accord sur les ADPIC oblige aux Membres de l'OMC de prévoir un droit de location pour les « producteurs de phonogrammes et à tous autres détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans la législation d'un Membre. Si, au 15 avril 1994, un Membre applique un système de rémunération équitable des détenteurs de droits pour ce qui est de la location des phonogrammes, il pourra maintenir ce système, à condition que la location commerciale des phonogrammes n'ait pas pour effet de compromettre de façon importante les droits exclusifs de reproduction des détenteurs de droits ».

⁵²⁸ Durée de protection prévue à la Convention de Rome.

⁵²⁹ L'article 14:5 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, concernant les organismes de radiodiffusion, l'Accord sur les ADPIC se veut modeste. Selon l'article 14:5 de l'Accord sur les ADPIC, « la durée de la protection accordée [...] ne sera pas inférieure à une période de 20 ans à compter de la fin de l'année civile de radiodiffusion ». À ce sujet, voir J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 457 ; A. Kerever, « Le GATT et le droit d'auteur international. L'accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *op.cit.*, p. 637.

⁵³⁰ C'est la Section 2, intitulée « marques de fabrique ou de commerce » de la partie II de l'Accord sur les ADPIC comportant les articles 15 à 21. Pour un commentaire détaillé de chacune de ces dispositions, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 276-297 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 214-250.

⁵³¹ Comme nous l'avons vu précédemment, les dispositions pertinentes de la Convention de Paris sont intégrées par référence à l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'Article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC. À ce propos, il est utile d'indiquer que c'est sur la base de cette disposition, entre autres, que l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial et a indiqué dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176) que « les noms commerciaux » et non pas seulement les marques étaient couvertes par l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire considérait, en effet, que les noms commerciaux n'étaient pas visés par l'Accord sur les ADPIC. Sur cette question, voir *infra*, § 714 et s.

⁵³² D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 277 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 444 ; F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization.3.14 TRIPS*, *op.cit.*, p. 14.

fabrique ou de commerce⁵³³. Le titulaire de la marque enregistrée dispose d'une durée de protection d'au moins sept ans, renouvelables indéfiniment à chaque renouvellement de l'enregistrement⁵³⁴. Il pourra ainsi empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion⁵³⁵. Des exceptions limitées aux droits conférés par les marques peuvent être édictées par les Membres de l'OMC, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, « à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers »⁵³⁶. Les Membres pourront aussi fixer les conditions de la concession de licences et de la cession de marques de fabrique ou de commerce⁵³⁷. L'Accord sur les ADPIC indique qu'à la suite d'une période ininterrompue d'au moins trois ans de non-usage d'une marque de fabrique ou de commerce, l'enregistrement peut être radié, à moins que le titulaire de la marque ne donne des raisons valables justifiant le non-usage pour empêcher cette radiation⁵³⁸.

131. L'Accord sur les ADPIC prévoit également que les marques de services doivent être protégées de la même manière que les marques servant à distinguer les produits⁵³⁹. Il contient aussi un certain nombre de dispositions sur les marques notoirement connues⁵⁴⁰ en précisant dans son article 16:2 que les Membres « tiendront compte de la

⁵³³ L'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que « tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce. De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce. Dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage. Les Membres pourront exiger, comme condition de l'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement ». À cet égard, il est important de noter que le droit à l'enregistrement n'est pas automatique, les Membres peuvent refuser l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce pour des motifs qui sont compatibles avec la Convention de Paris (particulièrement l'article 6 quinquies) et l'Accord sur les ADPIC (article 15:2 de l'Accord sur les ADPIC).

⁵³⁴ L'Article 18 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵³⁵ L'Article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵³⁶ L'Article 17 de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition a été interprétée et appliquée par le Groupe spécial saisi dans les affaires *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte des États-Unis, WT/DS174 et plainte de l'Australie, WT/DS290). Voir *infra*, §704.

⁵³⁷ L'article 22 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵³⁸ L'article 19:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵³⁹ Voir les articles 15:1, 16:2 et 62:3 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le lien officiel de l'OMC https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm#geographical (consulté le 16 janvier 2016).

⁵⁴⁰ Qui vont s'ajouter aux prescriptions en matière de protection prévues à l'article 6bis de la Convention de Paris, qui est incorporé par référence dans l'Accord sur les ADPIC et en vertu duquel les Membres sont tenus de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce susceptible de créer une confusion avec une marque qui est notoirement connue. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 700.

notoriété de cette marque dans la partie du public concernée, y compris la notoriété dans le Membre concerné obtenue par suite de la promotion de cette marque ». L'article 16:3 de l'Accord sur les ADPIC étend l'effet de cette protection aux produits et aux services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels une marque de fabrique ou de commerce est enregistrée, à « *condition que l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée (...)* ».

c. Indications géographiques⁵⁴¹

132. L'Accord sur les ADPIC définit les indications géographiques comme étant « *des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique* »⁵⁴². C'est la première fois que cette protection est appréhendée par un accord à portée globale⁵⁴³.

133. L'Accord sur les ADPIC prévoit en effet, pour ce secteur, deux régimes distincts de protection : une protection de base à l'ensemble des produits (article 22) et une protection additionnelle en faveur des vins et spiritueux (article 23)⁵⁴⁴. Le premier régime oblige les Membres de l'OMC à prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher l'utilisation de toute indication pouvant induire le public en erreur quant à l'origine géographique du produit ainsi que toute utilisation qui constituerait un acte

⁵⁴¹ C'est la Section 3 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC. Elle contient les articles 22 à 24. Pour un commentaire de ces articles, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, pp. 297-322 ; UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development, op.cit.*, pp. 267-307.

⁵⁴² L'article 22:1 de l'Accord sur les ADPIC. On emploie l'expression « appellation d'origine » lorsque les caractéristiques du produit peuvent être attribuées exclusivement ou essentiellement à des facteurs naturels ou humains liés à son lieu d'origine. À ce sujet, voir C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), op.cit.*, p. 8.

⁵⁴³ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p. 382, §1039 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, p. 298. Notons, à cet égard, que cette protection a été introduite dans le projet de l'Accord sur les ADPIC du fait de l'insistance des Communautés européennes. Anthony Howard et Jorg Reinbothe soulignent que « *the fact that the draft agreement has a section on the protection of geographical indications is due to the insistence of the Community. This is not surprising, as interest in such protection is bound to be strongest in countries having a tradition of production in particular areas or regions. In particular the 'old world' countries like most Member States of the European Community seek protection for their traditional geographical indications; Champagne, Bordeaux, Harris Tweed or Solingen are only a few examples* » (A. Howard & J. Reinbothe, «The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay Round)», *op.cit.*, p. 161).

⁵⁴⁴ Sur ces deux régimes, voir C. Le Goffic, « Indications géographiques en droit international », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, 2011, fasc. 290, §§ 134-145 ; P. Arhel, « Cycle de Doha : bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2007, n°28, p. 1986 ; J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 458.

de concurrence déloyale⁵⁴⁵. Les Membres devront refuser ou invalider l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce qui contient une indication géographique ou est constituée par une telle indication pour des produits qui ne sont pas originaires du territoire indiqué, si l'utilisation de cette indication dans la marque de fabrique ou de commerce est de nature à induire le public en erreur quant au véritable lieu d'origine⁵⁴⁶. Le deuxième régime est « additionnel » et vise spécifiquement le domaine des vins et spiritueux. Il est dit additionnel car chaque Membre de l'OMC est tenu de protéger les indications géographiques de ces deux catégories de produits, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une tromperie sur l'origine ou d'un acte de concurrence déloyale⁵⁴⁷.

134. Toutefois, ces obligations de protection des indications géographiques connaissent un certain nombre d'exceptions, permettant par exemple l'usage d'indication des termes usuels⁵⁴⁸, le maintien des droits d'une marque de fabrique ou de commerce antérieurs acquis de bonne foi utilisant ces indications⁵⁴⁹, ou dans certaines conditions, le maintien d'usage d'indication géographique identifiant des vins ou des spiritueux utilisées de bonne foi ou de manière continue pendant dix ans avant le 15 avril 1994⁵⁵⁰.

135. L'Accord sur les ADPIC prévoit de nouvelles négociations à l'OMC en vue d'élaborer un système multilatéral de notification et d'enregistrement des indications géographiques pour les vins⁵⁵¹. Ce mandat a été étendu aux indications géographiques désignant des spiritueux par la Déclaration ministérielle de Doha en novembre 2001⁵⁵². La

⁵⁴⁵ L'article 22:2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁴⁶ L'article 22:3 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁴⁷ P. Arhel, « Registre multilatéral des indications géographiques. Travaux récents de l'OMC », *Propriété industrielle*, Février 2009, n°2, étude 3, § 4.

⁵⁴⁸ L'article 24:6 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁴⁹ L'article 24:5 de l'Accord sur les ADPIC. Pour un cas d'application, voir les affaires *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, (plainte des États-Unis, WT/DS174 et plainte de l'Australie, WT/DS290). Voir *infra*, §540.

⁵⁵⁰ L'article 24:4 de l'Accord sur les ADPIC. Pour une analyse détaillée de ces exceptions, voir C. Le Goffic, « Indications géographiques en droit international », *op.cit.*, §§ 146 à § 192.

⁵⁵¹ En effet, n'étant pas parvenus, dans le cadre du Cycle d'Uruguay, à un accord sur la mise en place d'un système multilatéral de notification et d'enregistrement des indications géographiques, les négociateurs ont décidé qu'« afin de faciliter la protection des indications géographiques pour les vins, des négociations seront menées au Conseil des ADPIC concernant l'établissement d'un système multilatéral de notification et d'enregistrement des indications géographiques pour les vins susceptibles de bénéficier d'une protection dans les Membres participant au système » (article 23:4 de l'Accord sur les ADPIC). À ce sujet, voir P. Arhel, « Cycle de Doha : bilan et perspectives », *op.cit.*, pp. 1986-1987.

⁵⁵² OMC, WT/MIN/01/DEC/1, 22 nov. 2001, §18. Pour un aperçu plus détaillé sur cette question, voir P. Arhel, « Cycle de Doha: bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 1986 ; du même auteur, « Registre multilatéral des indications géographiques. Travaux récents de l'OMC », *op.cit.*, étude 3 ; C. Le Goffic, « Indications géographiques en droit international », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, *op.cit.*, §§ 194-197 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 115-121.

question de l'extension à d'autres produits du niveau élevé de protection dont bénéficient les vins et spiritueux, est également débattue à l'OMC⁵⁵³.

d. Dessins et modèles industriels⁵⁵⁴

136. Les dessins et modèles industriels font pour la première fois l'objet d'une protection multilatérale à portée mondiale⁵⁵⁵. L'Accord sur les ADPIC est certes remarquablement concis (il n'y a en effet que deux articles 25 et 26)⁵⁵⁶, mais comme l'avance le professeur Daniel Gervais, « *leur impact sur la protection des dessins et modèles industriels pourrait être considérable* »⁵⁵⁷. De plus, l'Accord sur les ADPIC apporte plus de précisions quant à leur protection par rapport à la Convention de Paris de 1967, laquelle se contentait d'affirmer dans son article 5 quinquies qu'ils « *seront protégés dans tous les pays de l'Union* » sans autre précision⁵⁵⁸.

137. En effet, l'alinéa premier de l'article 25 de l'Accord sur les ADPIC impose aux Membres de l'OMC de protéger « *les dessins et modèles industriels créés de manière indépendante qui sont nouveaux ou originaux* », avec la possibilité d'exclure une telle protection pour les dessins et modèles « *dictés essentiellement par des considérations*

⁵⁵³ En effet, la question de l'extension du niveau plus élevé de protection aux produits autres que les vins et les spiritueux constitue une question de « mise en œuvre en suspens » dans le programme de travail de Doha (Document WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphes 12 et 18). Deux positions s'affrontent sur la question, celle de l'Union européenne, soutenue par certains pays en développement, et celle des États-Unis, suivie par d'autres pays. L'Union européenne, conjointement avec de nombreux pays du Vieux Monde (Inde, Bangladesh, Thaïlande, Sri Lanka, Bulgarie, Roumanie, Madagascar, Côte d'Ivoire, Guinée, Kenya, Maurice, etc.), a proposé d'éliminer les différences entre le régime général prévu à l'article 22 et la protection additionnelle prévue à l'article 23 en étendant celle-ci à tous les produits. Elles estiment qu'il n'y a aucune raison commerciale, économique ou juridique de limiter la protection effective aux indications géographiques concernant les vins et spiritueux (pour plus de détails sur les présentations de l'Union européenne, voir P. Arhel, « Cycle de Doha : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 1986 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 121-124). Cependant, cette position se heurtait à l'opposition de pays du Nouveau Monde et notamment les États-Unis, l'Australie, l'Argentine, le Chili, l'Équateur, le Guatemala et le Paraguay, qui considéraient que la question de l'extension ne devait pas être abordée dans la mesure où l'article 24:1 de l'Accord sur les ADPIC ne donnait aucun mandat pour étendre le niveau de protection accrue dont bénéficient les vins et les spiritueux à d'autres produits. Ils faisaient aussi valoir que le niveau de protection existant déjà pour les indications géographiques était suffisant (pour plus de détails sur les présentations des adversaires de l'extension, voir P. Arhel, « Cycle de Doha : bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 1986 ; C. Le Goffic, « Indications géographiques en droit international », *op.cit.*, §§ 202-203 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 122-124).

⁵⁵⁴ C'est la Section 4 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC qui comporte les articles 25 et 26. Pour un commentaire de ces articles, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 326-334 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 322-342.

⁵⁵⁵ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 382, §1040.

⁵⁵⁶ B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 143.

⁵⁵⁷ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 327.

⁵⁵⁸ C'est d'ailleurs la seule disposition de la convention qui traite les dessins et modèles industriels. Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 382, §1040.

techniques ou fonctionnelle »⁵⁵⁹. L'alinéa 2 de l'article de l'article 25 précise que « *chaque Membre fera en sorte que les prescriptions visant à garantir la protection des dessins et modèles de textiles, en particulier pour ce qui concerne tout coût, examen ou publication, ne compromettent pas indûment la possibilité de demander et d'obtenir cette protection* ». Il est indiqué aussi que les Membres sont libres de remplir cette obligation au moyen de la législation en matière de dessins et modèles industriels ou au moyen de la législation en matière de droit d'auteur⁵⁶⁰. Concrètement, cette disposition traite de la nécessité pour l'industrie du textile de protéger rapidement leur grand nombre de dessins et modèles, en raison du peu de temps qui s'écoule entre la création du dessin ou du modèle, sa réalisation et son utilisation⁵⁶¹.

138. En vertu de l'article 26:1 de l'Accord sur les ADPIC, les titulaires de dessins ou modèles protégés ont le droit d'empêcher la fabrication, la vente ou l'importation d'articles portant ou comportant un dessin ou un modèle protégé, lorsque ces actes seront entrepris à des fins de commerce⁵⁶². La durée de la protection offerte au titre des dessins et modèles doit atteindre au moins dix ans⁵⁶³. Cependant, les Membres de l'OMC peuvent, conformément à l'article 26:2 de l'accord, prévoir des exceptions limitées à la protection des dessins et modèles industriels, « *à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale de dessins ou modèles industriels protégés ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du dessin ou modèle protégé, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* ».

e. Brevets

139. Les dispositions de fond relatives à la protection des brevets figurent dans la section 5 de la Partie II qui comporte les articles 27 à 34 de l'Accord sur les ADPIC⁵⁶⁴. Celles-

⁵⁵⁹ À proprement parler, il s'agit ici des pièces détachées des véhicules et des machines. Voir A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 446 ; A.Howard & J. Reinbothe, "The state of Play in the Negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 162.

⁵⁶⁰ C'est ce qui ressort de la phrase de l'article 25:2 de l'Accord sur les ADPIC « *les Membres seront libres de remplir cette obligation au moyen de la législation en matière de dessins et modèles industriels ou au moyen de la législation en matière de droit d'auteur* ».

⁵⁶¹ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 329.

⁵⁶² L'article 26:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁶³ L'article 26:3 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁶⁴ Notons toutefois que cette section a fait l'objet d'âpres débats, tant Nord-Nord que Nord-Sud, pendant les négociations de l'Uruguay Round. Pour un commentaire de ces articles, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 334-399 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 351-502.

ci sont considérées comme les plus importantes dans l'Accord sur les ADPIC⁵⁶⁵. Elles tranchent incontestablement avec le laconisme de la Convention de Paris qui jusque-là règlementait les brevets⁵⁶⁶. Pour autant, cette dernière n'a pas été complètement évincée⁵⁶⁷. L'Accord sur les ADPIC a effectivement incorporé par référence certaines de ses dispositions pertinentes (4 à 5 *quater* relatifs aux brevets)⁵⁶⁸, ajoutant toutefois plus de précisions et d'obligations sur certains points⁵⁶⁹. Ceux-ci peuvent être résumés comme suit :

140. En premier lieu, l'élargissement du domaine de la brevetabilité. En effet, en vertu de l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, les pays Membres sont désormais tenus d'offrir la protection conférée par un brevet « *pour toute invention* » qu'il s'agisse d'un produit ou d'un procédé, « *dans tous les domaines technologiques* », « *sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale* » à condition « *qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle* »⁵⁷⁰.

141. En deuxième lieu, la définition du domaine exclu de la brevetabilité. En effet, il est important de relever qu'il n'existe aucune exception de la brevetabilité pour les produits chimiques ou pharmaceutiques ainsi que pour les denrées alimentaires⁵⁷¹. Les seules

⁵⁶⁵ A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 449. Anthony Howard et Jorg Reinbothe écrivaient à cet égard que “*the section on patents is politically and economically the most important in the whole of the Trips negotiations. Developing countries view the management and control of patent-related activity as a key element in development policy, and tend to see patents as an important obstacle to technology transfer. In contrast, developed countries regard the existence of a strong patent system as a necessary prerequisite for investment in research and development and an engine for driving technology transfer*” (A. Howard & J. Reinbothe, “The state of play in the negotiations on Trips (GATT/Uruguay round)”, *op.cit.*, p. 162). Toutefois, le résultat final consacre à l'évidence la prédominance des thèses des pays développés sur celles des pays en voie de développement. Voir Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁶⁶ J.-S. Bergé, « Chapitre 39. Les principes de protection », *op.cit.*, p. 459 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 383, §1041.

⁵⁶⁷ L'Accord sur les ADPIC a incorporé les dispositions pertinentes 4 à 5 *quater* relatifs aux brevets de la Convention de Paris dans sa version de 1976. Voir l'article 2.1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁶⁸ L'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁶⁹ Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, *op.cit.*, p.182.

⁵⁷⁰ L'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition a été invoquée dans l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114). Pour plus de détails, voir *infra*, § 540 et s.

⁵⁷¹ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 383, §1041 ; A. Tankoano, « L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, pp. 451-452. Pendant les négociations de l'Uruguay Round, les pays en développement ont mené une résistance concernant ces deux secteurs et ont tout tenté pour les exclure de la brevetabilité (invocation des motifs liés à l'intérêt général, à la sécurité nationale, à la santé publique ou à la sécurité alimentaire) mais hélas leurs efforts se sont soldés par un échec. Dans le domaine pharmaceutique, les principaux producteurs, à savoir les Communautés européennes, les États-Unis et la Suisse ont clairement fait savoir qu'il n'était pas possible d'écarter ces produits de la brevetabilité en raison des grosses pertes que subissaient leurs industries pharmaceutiques dûes au piratage. De ce nouveau cadre établi par l'Accord sur les ADPIC, il en résulte que toute production locale à moindre coût de médicaments serait donc illégale. C'est un grand changement pour de nombreux pays en développement (tels que l'Inde et le Brésil) qui auparavant écartaient de la brevetabilité des produits pharmaceutiques pour tenter de

exclusions de la brevetabilité mentionnées dans l'Accord sur les ADPIC sont celles qui sont énoncées dans les alinéas 2 et 3 de l'article 27⁵⁷². Le premier alinéa vise les inventions qui sont contraires à l'ordre public ou à la moralité, y compris les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale pour protéger la santé et la vie des personnes ainsi que des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement⁵⁷³. Le deuxième alinéa vise les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux⁵⁷⁴ ; les végétaux et les animaux (autres que les micro-organismes), et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (autres que les procédés non biologiques et microbiologiques)⁵⁷⁵. Toutefois, les Membres doivent prévoir la protection des variétés végétales par des brevets ou

les rendre plus accessibles à leurs populations démunies souffrant d'épidémies. La suppression de cette faculté ne fut pas sans conséquence sur les politiques de santé publique de part le monde (c'est ce qu'a révélé l'affaire Prétoria sur laquelle nous reviendrons, §676). Sur ce changement, voir A. Tankoano, « L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, pp. 451-542 ; S. Guennif et J. Chaisse, « L'économie politique du brevet au sud: variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique », *op.cit.*, pp. 189-192 ; B. Taxil, *L'OMC et les pays en développement*, Perspectives internationales, CEDIN, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 96-97 ; F. M. Abbott, "Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPS and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism", *Journal of International Economic Law*, March, 2005, vol.8, p. 86 ; D. De Beer, « Le brevet et l'accès aux médicaments essentiels. Le pas de danse des juristes, ou la difficulté de la mise en responsabilité », in Ch. Eberhard (ed.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 201. Pour certains, l'Accord sur les ADPIC constitue « un pas en avant sans précédent vers une homogénéisation des systèmes de brevets dans la pharmacie, forçant les pays en développement (et dans une moindre mesure, les Pays les Moins Avancés) à s'aligner sur les standards de protection prévalant dans les pays les plus avancés » (B. Coriat et F. Orsi, « Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique. Le cas de l'accès aux traitements antirétroviraux », *Revue de l'Institut Économie Publique*, 2003/1, n°12, p. 161).

⁵⁷² La clause de l'article 73 de l'Accord sur les ADPIC relative aux « exceptions concernant la sécurité » devrait également permettre d'exclure la brevetabilité dans les domaines qui touchent aux intérêts essentiels de la sécurité d'un Membre, en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale par exemple. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 336.

⁵⁷³ L'alinéa 2 de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁷⁴ L'alinéa 3 a) de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁷⁵ L'alinéa 3 b) de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC. Cette exception reflète les différences profondes parmi les pays industrialisés, sur le brevetage des plantes et des animaux. Les États-Unis voulaient une protection par brevets pour tous les domaines technologiques, mais les européens ont prohibé par la Convention Européenne sur les Brevets. Un compromis fut atteint : l'Accord sur les ADPIC utiliserait le langage de la législation européenne comme point de départ (article 27:3(b), avec la réserve formelle que les pays réexamineraient cette disposition quatre années après l'entrée en vigueur de l'accord, c'est-à-dire en 1999). Sur cette question, voir C.M. Correa, "The GATT Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: new standards for patent protection", *European Intellectual Property Review*, 1994, 16(8), p. 328 ; GRAIN, *Pour un réexamen total de l'article 27.3(b) des ADPIC. Une mise à jour de la position des pays en voie de développement sous la pression de l'OMC pour breveter le vivant*, mars 2000, p. 2, disponible en ligne : <file:///C:/Users/MOHAMED-ALI/Downloads/grain-77-pour-un-reexamen-total-de-l-article-27-3-b-des-adpic.pdf> consulté le 16 janvier 2016). Depuis, le Conseil des ADPIC a effectivement entrepris l'examen de l'article 27:3 b), sans aboutir pour l'instant à une révision. Il faut dire que les discussions entourant cet examen ont été parmi les plus controversées dans le cadre du travail du Conseil des ADPIC. Les discussions portent en effet non seulement sur l'examen de l'alinéa 27 :3b), mais aussi sur la relation avec la Convention de Rio sur la diversité biologique (CDB) et sur la protection du savoir traditionnel et du folklore. Les pays en voie de développement mettent de sérieux espoirs dans le réexamen de cet article 27:3(b). Sur l'ensemble de cette question, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 360 et s ; GRAIN, *Pour un réexamen total de l'article 27:3(b) des ADPIC. Une mise à jour de la position des pays en voie de développement sous la pression de l'OMC pour breveter le vivant*, *op.cit.*, p. 2.

par un système *sui generis efficace*, ou par une combinaison de ces deux moyens⁵⁷⁶. À cet égard, alors que les États-Unis octroient une protection par brevet aux variétés végétales, la vaste majorité des pays en voie de développement, Membres de l'OMC, ont abordé cette obligation à travers un système *sui generis efficace*⁵⁷⁷.

142. En troisième lieu, la définition des droits exclusifs accordés par les brevets et les marges autorisées. En effet, l'Accord sur les ADPIC énonce les droits exclusifs conférés au titulaire d'un brevet en opérant une différenciation entre les cas où l'objet du brevet est un produit⁵⁷⁸ et ceux où l'objet du brevet est un procédé⁵⁷⁹. Sous certaines conditions, l'accord autorise toutefois une certaine marge dans ses articles 30 et 31. Le premier introduit la notion d'exception, et dispose que « *les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* »⁵⁸⁰. Quant au deuxième, il traite « *les autres utilisations* »⁵⁸¹ d'un brevet « *sans autorisation du détenteur de droit* ». En d'autres termes, l'article 31 est consacré aux conditions d'attribution des

⁵⁷⁶ L'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁷⁷ GRAIN, *Pour un réexamen total de l'article 27.3(b) des ADPIC. Une mise à jour de la position des pays en voie de développement sous la pression de l'OMC pour breveter le vivant*, op.cit, p. 6. Par exemple, de nombreux pays ont recours à l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV). Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, p. 350. Toutefois, ce système est aussi sous l'objet des critiques, M. A. Ngo et P. Reis « La protection des variétés végétales dans le commerce international : le droit, un outil stratégique », *Propriété industrielle*, octobre 2008, n°10, étude 23 ; V. Dermendjian, M-L. Lambert-Habib, M-P.Lanfranchi, C. Laucci, S. Lefevre, S. Maljean-Dubois, N. Rubio, N.Thomé et E. Truilhé, « Section 1. L'environnement au rang des dérogations aux principes de l'OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, CERIC, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 73-74.

⁵⁷⁸ L'article 28:1a) de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'« *un brevet conférera à son titulaire les droits exclusifs suivants: a) dans les cas où l'objet du brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit* ». Pour un cas d'application, voir le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000, par. 7.39-7.84. Cette affaire est marquante car elle a déclarée légale l'exception Bolar dénommée « exception réglementaire » qui permet aux fabricants de médicaments génériques d'utiliser l'invention brevetée pour obtenir l'autorisation de commercialisation sans l'autorisation du titulaire du brevet et avant l'expiration de la période de protection conférée par le brevet. Voir *infra*, § 681 et s.

⁵⁷⁹ L'article 28:1b) de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'« *un brevet conférera à son titulaire les droits exclusifs suivants : (...) b) dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir l'acte consistant à utiliser le procédé et les actes ci-après: utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par ce procédé* ». En cas d'atteinte à ces droits, il est indiqué à l'article 34:1 de l'Accord sur les ADPIC que tout produit identique fabriqué sans le consentement du titulaire du brevet sera, jusqu'à preuve du contraire, « *considéré comme ayant été obtenu par le procédé breveté* », lorsque le produit obtenu par le procédé breveté est nouveau ou lorsque la probabilité qu'il a été obtenu grâce au procédé breveté est grande. Quant à la charge de la preuve, elle incombe au défendeur qui doit prouver que le procédé utilisé pour obtenir un produit identique est différent du procédé breveté.

⁵⁸⁰ À l'occasion de l'affaire *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), le Groupe spécial a clarifié chacune des trois conditions donnant des lignes d'interprétation très importantes. Voir *infra*, § 681 et s.

⁵⁸¹ Selon la note de bas de page n°7 de l'article 31, « *les autres utilisations* » est entendu dans l'Accord sur les ADPIC, les utilisations autres que celles qui sont autorisées en vertu de l'article 30 de cet accord.

« licences obligatoires »⁵⁸². Il énonce en effet les conditions qui s'appliquent à la délivrance de ces licences⁵⁸³, sans toutefois énumérer de manière exhaustive les cas pour lesquels une licence peut être délivrée⁵⁸⁴. Ceux-ci seraient donc en principe déterminés par les Membres eux-mêmes. Cette faculté a d'ailleurs été expressément rappelée dans la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* dans laquelle les ministres ont confirmé que « chaque membre a le droit de délivrer des licences obligatoires et a le choix de déterminer les raisons pour lesquelles de telles licences sont délivrées »⁵⁸⁵.

143. En quatrième lieu, la fixation de la durée minimale de la protection conférée par un brevet. Au titre de l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC, la durée minimale de protection est fixée à 20 ans à compter de la date du dépôt⁵⁸⁶. Il impose aussi aux Membres de l'OMC d'offrir dans leur législation nationale une possibilité de révision judiciaire de toute décision relative à la révocation ou à la déchéance d'un brevet⁵⁸⁷.

⁵⁸² Qui sont défini dans l'article 31 comme une utilisation d'un brevet sans autorisation du détenteur du droit par les pouvoirs publics ou des tiers autorisés par ceux-ci. On constate cependant que l'Accord sur les ADPIC ne mentionne jamais l'expression « licence obligatoire » dans son texte. Sur les licences obligatoires, voir M.S. Ford, "Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents", *American University International Law Review*, 2000, vol.15, issue 4, pp. 941-974 ; A-E. Kahn, « Les licences obligatoires », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Litec, 2007, pp. 219-241.

⁵⁸³ Dans les cas où les pouvoirs publics permettent l'utilisation d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit, les conditions suivantes doivent être respectées : i) l'autorisation de cette utilisation est examinée sur la base des circonstances qui lui sont propres ; ii) le candidat utilisateur doit s'efforcer d'obtenir l'autorisation du détenteur, à moins qu'il ne s'agisse de situations d'urgence nationale, d'extrême urgence ou d'utilisation publique à des fins non commerciales, et ; iii) la portée et la durée d'une telle utilisation sont limitées aux fins auxquelles celle-ci a été autorisée ; iiiii) une telle utilisation doit être non exclusive, autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur (l'exportation de certains produits pharmaceutiques brevetés au membres importateurs admissibles, à savoir les Membres les moins avancés, sont permises, sous certaines conditions, en vertu de la Décision du 30 août 2003), sera assortie d'une rémunération adéquate, prenant en compte la valeur économique de l'autorisation, et sera soumise à une révision par une autorité supérieure distincte de ce Membre, pour ce qui est de sa validité juridique et la rémunération accordée au détenteur de droits.

⁵⁸⁴ L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC mentionne à titre d'exemple certaines situations qui justifient l'octroi de licences obligatoire tels que : les situations d'urgence nationale et autres circonstances d'extrême urgence ; les autres cas d'utilisation publique à des fins non commerciales (article 31 b) ; pour remédier aux pratiques anticoncurrentielles (article 31k) ; pour permettre l'exploitation d'un second brevet qui se base sur le premier brevet (article 31:1). Toutefois, à titre d'exception, dans le cas de la technologie des semi-conducteurs où les licences obligatoires ne peuvent être délivrées que pour une utilisation publique à des fins non commerciales ou pour remédier à une pratique anticoncurrentielle (article 31 c)). Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 378 et 381.

⁵⁸⁵ Déclaration adopté le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, paragraphe 5b). Ce rappel est salubre car il est parfois soutenu, ce qui est inexact, que le recours à la licence obligatoire n'est permis par l'Accord sur les ADPIC que dans une situation d'urgence. Voir P. Arhel, « Cycle de Doha: Bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 1989.

⁵⁸⁶ L'article 33 de l'Accord sur les ADPIC. Cette obligation s'applique aussi aux brevets existants à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC. Pour un cas d'application : l'affaire *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170). Voir *infra*, § 720 et s.

⁵⁸⁷ L'article 32 de l'Accord sur les ADPIC.

144. En cinquième et dernier lieu, l'Accord sur les ADPIC précise les périodes de transition applicables en ce qui concerne l'obligation de protéger les produits pharmaceutiques et pour les produits chimiques relatifs à l'agriculture. En effet, l'accord autorise les pays en développement « *qui ne peuvent faire l'objet d'une telle protection sur leur territoire à la date d'application de l'accord* »⁵⁸⁸, de différer la mise en place d'une telle protection jusqu'au 1^{er} janvier 2005⁵⁸⁹. Les pays moins avancés ont obtenu en ce qui concerne les produits pharmaceutiques une dérogation jusqu'en 2033⁵⁹⁰. Mais, cette permission est accompagnée de deux obligations qui se trouvent dans les alinéas 8 et 9 de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, les PED pouvant se prévaloir de périodes de transition sont tenus d'offrir, à compter de la mise en vigueur de l'Accord sur l'OMC (c'est-à-dire à compter du 1^{er} janvier 1995) un moyen de déposer des demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (article 70:8)⁵⁹¹. Ils sont également tenus d'accorder des droits exclusifs de commercialisation, sous réserve de certaines conditions, aux déposants d'une demande de brevet pour de tels produits, pour une période de cinq ans après l'obtention de l'approbation de la commercialisation ou jusqu'à ce qu'un brevet de ces produits soit accordé ou refusé dans ce Membre, la période la plus courte étant retenue (article 70:9). Ces obligations sont importantes, l'Inde s'est trouvée d'ailleurs doublement condamnée à ce sujet par l'ORD⁵⁹².

f. Schémas de configurations de circuits intégrés⁵⁹³

⁵⁸⁸ C'est à dire les pays qui n'accordaient pas de protection au 1^{er} janvier 1995. Voir les articles 70:8 et 65:4 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁸⁹ Ce report était autorisé par l'article 65:4 de l'Accord sur les ADPIC. Voir nos développements concernant la période transitoire accordée pour les pays en développement § 179 et s.

⁵⁹⁰ Voir nos prochains développements concernant cette période transitoire accordée aux pays moins avancés, § 180.

⁵⁹¹ Qui est connu sous l'expression « *système de la boîte aux lettres* ». Dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont fourni des clarifications très utiles quant à la nature du « moyen » requis par alinéa a) de l'article 70.8 de l'Accord sur les ADPIC. Voir *infra*, §729 et s.

⁵⁹² Il s'agit des affaires *Inde — Brevets* émanant respectivement des plaintes des États-Unis (WT/DS50) et des Communautés européennes (WT/DS79). Concernant le détail de chacune de ces affaires, voir *infra*, §501 et s.). Dans le même registre, le Pakistan a aussi fait l'objet d'une plainte américaine pour violation des articles 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC (OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS36/1, IP/D/2, 6 mai 1996). Mais, le litige n'a pas donné lieu à une procédure devant le Groupe spécial. Les deux parties ont informé l'ORD qu'elles étaient arrivées à une solution mutuellement convenue (OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, document WT/DS36/4, IP/D/2/Add.1, 7 mars 1997). Pour plus de détails sur ce différend, voir *infra* §409 et s.

⁵⁹³ C'est la Section 6 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC qui comporte les articles 35 à 38. Pour un commentaire de ces articles, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 400-405 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 505-517.

145. Communément appelés « puces »⁵⁹⁴, les Membres de l'OMC doivent en prévoir la protection conformément aux dispositions du Traité de Washington de 1989 auxquelles l'Accord sur les ADPIC fait référence⁵⁹⁵. Précisément, il s'agit des articles 2 à 7 (sauf le paragraphe 3 de l'article 6), l'article 12 et le paragraphe 3 de l'article 16 du Traité de Washington⁵⁹⁶.

146. Au-delà de la protection minimale qui résulte de l'incorporation du Traité de Washington, l'Accord sur les ADPIC apporte toutefois certaines précisions et compléments⁵⁹⁷. Globalement, les Membres considéreront comme illégaux les actes tels que l'importation, la vente ou la distribution, des produits intégrant des schémas de configuration, s'ils sont accomplis sans l'autorisation du détenteur du droit⁵⁹⁸. Cependant, les Membres considéreront comme légaux les actes mentionnés plus en haut, si le contrevenant ne savait pas et n'avait pas de raison valable de savoir qu'un schéma de configuration protégé était inclus dans un article l'incorporant⁵⁹⁹. Il peut toutefois se voir imposer de verser au détenteur du droit une redevance équivalente à celle qui aurait été dûe si une licence librement négociée avait été obtenue pour un tel schéma de configuration⁶⁰⁰.

147. La durée minimale de la protection des schémas de configuration est fixée à dix ans⁶⁰¹, alors qu'elle était arrêtée à huit ans dans le Traité de Washington⁶⁰².

g. Renseignements non divulgués⁶⁰³

148. L'Accord sur les ADPIC prévoit que les renseignements non divulgués doivent aussi bénéficier d'une protection⁶⁰⁴. Aux termes de l'article 39:2, cette protection doit

⁵⁹⁴ Voir D. Carreau et P. Julliard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 385, §1044.

⁵⁹⁵ Ce faisant, l'Accord sur les ADPIC a donné une vie au Traité de Washington car il n'est, en effet, jamais entré en vigueur en raison du fait qu'un certain nombre de pays industrialisés, dont les États-Unis, y ont vu de graves lacunes. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 400.

⁵⁹⁶ L'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁹⁷ Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, *op.cit.*, p. 185 ; D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, pp. 715-716 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 448.

⁵⁹⁸ L'article 36 de l'Accord sur les ADPIC.

⁵⁹⁹ L'article 37:1 de l'Accord sur les ADPIC. Ce que certains auteurs appellent violation de bonne foi. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 404.

⁶⁰⁰ L'article 37:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁰¹ À compter de la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou à compter de la première exploitation commerciale où que ce soit dans le monde (article 38 de l'Accord sur les ADPIC).

⁶⁰² L'article 8 du Traité de Washington. Disposition qui n'a d'ailleurs pas été incorporée par référence dans l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁰³ C'est la Section 7 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC, elle contient un seul article: c'est l'article 39. Pour un commentaire, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 406-412 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 520-532.

s'appliquer à des renseignements qui sont secrets, qui ont une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets et qui ont fait l'objet de dispositions raisonnables destinées à les garder secrets. Il n'est pas nécessaire que les renseignements non divulgués soient traités comme une forme de propriété, mais les personnes qui ont licitement le contrôle de tels renseignements doivent avoir la possibilité d'empêcher qu'ils ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes⁶⁰⁵.

149. Les Membres doivent aussi protéger les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes dans le cadre des procédures d'obtention d'une autorisation de commercialisation nécessaires pour les produits pharmaceutiques ou pour les produits chimiques pour l'agriculture⁶⁰⁶. Cette protection vise à préserver les industries (qui doivent fournir des données confidentielles de fabrication ou de savoir-faire) contre l'exploitation commerciale déloyale durant et après les périodes d'essais requises qui sont par nature longues et coûteuses⁶⁰⁷.

150. Il est à remarquer à ce propos, qu'auparavant, les secrets commerciaux n'avaient jamais été rangés dans la catégorie des droits de propriété intellectuelle⁶⁰⁸. D'ailleurs, lors des négociations de l'Uruguay Round sur les ADPIC, les PED (principalement l'Inde) se sont farouchement opposés à ce qu'on l'on considère les secrets commerciaux comme des droits de propriété intellectuelle en raison, notamment, de leur confidentialité⁶⁰⁹. L'Accord sur les ADPIC les a toutefois placés sur le même rang que les autres droits de la propriété intellectuelle en s'appuyant sur l'article 10 bis de la Convention de Paris relatif à la concurrence déloyale⁶¹⁰. Force est de reconnaître, cependant, qu'en élevant les secrets au statut international de droit de propriété intellectuelle, le pouvoir des bénéficiaires des droits de propriété intellectuelle qui sont, généralement, les grandes sociétés multinationales, se

⁶⁰⁴ Diverses loi nationales utilisent les expressions « secrets d'affaires » ou de « renseignements confidentiels ». L'expression « les renseignements non divulgués » a été choisie pour éviter tout renvoi à une expression se rattache à un système juridique donnée. Pour plus de détails, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 407.

⁶⁰⁵ L'article 39:2 de l'Accord sur les ADPIC et le lien officiel de l'OMC: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm#geographical (consulté le 26 janvier 2017).

⁶⁰⁶ Les alinéas 1 et 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Voir D. Carreau et P. Julliard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 385, § 1045.

⁶⁰⁷ Voir l'alinéa 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Voir D. Carreau et P. Julliard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 385, § 1045 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 406.

⁶⁰⁸ A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, pp. 446-447.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ L'article 39:1 de l'Accord sur les ADPIC. La raison pour laquelle Yves Gaubiac estime qu'il n'y a pas l'instauration d'un droit de propriété intellectuelle à proprement parler en ce qui concerne les informations non divulguées (Y. Gaubiac, « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *op.cit.*, p. 15, §35).

renforce aussi⁶¹¹. Bérangère Taxil souligne, par exemple, que les multinationales pouvaient ainsi arguer de cette nouvelle protection pour refuser de transmettre leur technologie⁶¹².

151. Au-delà de ces dispositions substantielles relatives aux différentes catégories de droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC oblige aussi les Membres de l'OMC à prévoir dans leur législation nationale des moyens pour faire respecter efficacement les droits de propriété intellectuelle.

2. Les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle

152. Une protection efficace des droits de propriété intellectuelle ne serait d'un grand secours si les détenteurs de ces droits n'avaient pas la possibilité de les faire valoir de manière effective⁶¹³. C'est précisément l'objet de la troisième Partie de l'Accord sur les ADPIC, intitulée « *moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* ». Cette Partie est sans conteste l'une des réalisations les plus importantes des négociations de l'Uruguay Round⁶¹⁴ et l'une des innovations majeures de l'Accord sur les ADPIC⁶¹⁵. Les Conventions existantes de Paris et de Berne ont été sévèrement critiquées à ce sujet⁶¹⁶. Rappelons que l'objet de ces conventions était principalement de définir les normes internationales applicables dans le domaine de la propriété intellectuelle⁶¹⁷. Elles contenaient donc beaucoup de dispositions substantielles en la matière mais très peu sur la mise en œuvre

⁶¹¹ B. Taxil, *L'OMC et les pays en développement*, *op.cit.*, p. 90.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ A. Otten, « L'importance fondamentale de l'Accord ADPIC pour une mise en œuvre améliorée des droits d'auteur », *op.cit.*, p. 49. Voir également UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 575.

⁶¹⁴ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 420. Sur l'historique de ces négociations, voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 578-579.

⁶¹⁵ UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 629.

⁶¹⁶ À ce sujet, voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 575 ; F. Emmert, "Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries", *op.cit.*, pp. 1341-1343 ; M. A. Leaffer, "Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism", *op.cit.*, pp. 293-294 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 15. Certains ont considéré ce volet comme le « *maillon faible* » de ces conventions existantes. Voir les propos de Lars Anell, ancien ambassadeur de Suède et président du Groupe de négociation sur les ADPIC pendant le Cycle d'Uruguay, préface de ouvrage D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 6).

⁶¹⁷ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 19.

de ces droits⁶¹⁸. Ainsi, afin de donner « un nouveau souffle »⁶¹⁹ à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC a défini un ensemble de règles auxquelles doivent avoir accès les détenteurs de droits pour faire effectivement respecter leurs prérogatives⁶²⁰. En d'autres termes, « là où les Conventions unionistes répondaient à la question de savoir comment protéger tel ou tel droit, l'Accord sur les ADPIC répond avant tout à la question : comment protéger le titulaire de tel ou de tel droit »⁶²¹.

153. Globalement, l'accord introduit un dispositif rigoureux⁶²² de 21 articles⁶²³, comportant un vaste arsenal de procédures et mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle des détenteurs. Ce faisant, l'Accord sur les ADPIC devient le premier véritable traité multilatéral contenant des dispositions visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle sur le plan interne⁶²⁴.

⁶¹⁸ Dans l'ensemble, les dispositions traitant des moyens de faire respecter les droits n'énonçaient essentiellement qu'une obligation générale de prévoir des recours judiciaires et, dans certains cas, la saisie de marchandises contrefaites (voir les articles 9, 10, 10bis et 10 ter de la Convention de Paris et les articles 13(3), 15 et 16 de la Convention de Berne). Pour de plus amples développements, voir P. K. Yu, "TRIPS and its Achilles' heel", *Journal of Intellectual Property Law*, Spring 2011, vol.18, p. 486 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., pp. 629-630 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 420. À cet égard, il est louable de constater que les Conventions de Paris et de Berne étaient les seules qui contenaient – même si insuffisantes – des dispositions concernant l'application de la propriété intellectuelle. Dans les autres traités importants tels que la Convention de Rome et le Traité de Washington, elles étaient totalement absentes. En ce sens, P. K. Yu, "TRIPS and its Achilles' heel", op.cit., p. 486.

⁶¹⁹ A. Otten, « L'importance fondamentale de l'Accord ADPIC pour une mise en œuvre améliorée des droits d'auteur », op.cit., p. 49.

⁶²⁰ B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », op.cit., p. 146.

⁶²¹ V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, op.cit., p. 19.

⁶²² En raison du langage spécifique employé pour illustrer la sévérité de l'obligation des Membres à remplir les obligations stipulées. En effet, les verbes employés sont plus du style « seront » plutôt que « peuvent ». En ce sens, voir W. Grosheide, « Rapport général I. Les mesures de protection provisoires-une arme forte contre les contrefacteurs? », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin 1999, p. 94.

⁶²³ Il s'agit des articles 41 à 61 qui sont répartis en 5 Sections. La première Section, intitulée « obligation générales » se rapporte aux procédures de mise en œuvre et moyens de recours (art. 41). La deuxième Section traite des « procédure et mesures correctives civiles et administratives » (art. 42-49). La troisième Section comporte des dispositions détaillées sur les « mesures provisoires » (art. 50). La quatrième Section traite des « prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière » (art. 51 à 60). La Cinquième et dernière Section, se rapporte aux « procédures pénales » (art. 61). Pour une étude détaillée de chacune de ces Sections, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., pp. 419- 461 ; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., pp. 579-625.

⁶²⁴ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 420. Beaucoup d'auteurs ont relevé cette nouveauté : F. Abbott, *Dispute Settlement. World trade Organization. 3.14 TRIPS*, op.cit., p. 29 : "The TRIPS Agreement may nonetheless be characterized as the first multilateral effort to regulate the internal administrative and judicial mechanisms that countries are obligated to maintain with respect to the application of a set of agreed upon legal rules" ; Adrian Otten & Hannu Wager, "Compliance with TRIPS: The Emerging World View", op.cit., p. 403 : "[The enforcement] rules constitute the first time in any area of international law that such rules on domestic enforcement procedures and remedies have been negotiated" ; Peter K. Yu, "Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2004, vol.38, p.366 : "Part III of the TRIPS Agreement delineated international standards for the enforcement of intellectual property rights for the first time, including civil, administrative, and criminal procedures and remedies and measures related to

154. Pour l'essentiel⁶²⁵, l'Accord sur les ADPIC définit les obligations générales des Membres quant aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle couverts par cet accord dans son article 41. Ainsi, pour assurer la protection de ces droits dans les termes prévus par l'accord, les Membres de l'OMC sont tenus de faire en sorte que leur législation comporte des procédures à même de répondre à cet objectif⁶²⁶, « *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* »⁶²⁷. Ces procédures doivent permettre une *action efficace* contre tout acte portant atteinte à leurs droits⁶²⁸. Elles doivent être *loyales, équitables*⁶²⁹, pas *inutilement complexes ou coûteuses*, et ne pas *comporter des délais déraisonnables, ni entraîner de retards injustifiés*⁶³⁰. Mais en même temps, elles doivent être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif⁶³¹.

Les décisions au fond doivent être écrites et motivées de préférence et s'appuyer exclusivement sur des éléments de preuves sur lesquels les parties ont eu la possibilité de se faire entendre⁶³². À l'exception des décisions pénales d'acquiescement⁶³³, les décisions judiciaires⁶³⁴ ou administratives doivent pouvoir faire l'objet d'une révision par une autorité judiciaire⁶³⁵. Toutefois, il est clairement précisé que les obligations de la Partie III de

border control » ; A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay Round)", *op.cit.*, p. 163: "These (...) provisions are certainly ambitious in the sense that for the first time a multilateral framework will be created for the enforcement of all intellectual property rights. The practical implications of this are enormous" ; B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 146 : « pour la première fois, que ce soit dans le domaine de la propriété intellectuelle ou dans un autre, est défini un ensemble de règles auxquelles doivent avoir accès les détenteurs de droits pour faire effectivement respecter leurs prérogatives ».

⁶²⁵ En effet, il n'est pas dans notre propos d'exposer ici de façon détaillée toutes les dispositions de fond de cet arsenal, mais plutôt de présenter l'essentiel afin de ressortir les obligations de fond que les Membres doivent respecter au titre de cet accord.

⁶²⁶ L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Sur le sujet, voir H. Ghérari, « Chapitre 40. La mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC », in P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, p. 466.

⁶²⁷ L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Voir les articles 41:2 et 42 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶³⁰ L'article 41:2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶³¹ L'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Un compromis ou plutôt un équilibre a dû, en effet, être trouvé entre, d'une part, la stimulation du libre commerce comme but principal de l'Accord sur les ADPIC et, d'autre part, la lutte contre le piratage. Voir W. Grosheide, « Rapport général I. Les mesures de protection provisoires-une arme forte contre les contrefacteurs ? », *op.cit.*, p.94.

⁶³² L'article 41:3 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶³³ En effet, selon l'article 41:4 de l'Accord sur les ADPIC « *il n'y aura pas obligation de prévoir la possibilité de demander la révision d'acquiescements dans des affaires pénales* ».

⁶³⁴ Pour ce qui concerne les aspects juridiques des décisions judiciaires initiales sur le fond. Voir l'article 41:4 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶³⁵ L'article 41:4 de l'Accord sur les ADPIC.

l'Accord sur les ADPIC n'exigent pas un système judiciaire distinct ou une ressource spéciale pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, ni n'affectent la capacité des Membres de faire respecter leur législation en général⁶³⁶.

155. Le champ d'application de la partie III de l'Accord sur les ADPIC est particulièrement vaste⁶³⁷. En effet, la plupart des droits de propriété intellectuelle sont visés et notamment, le droit d'auteur et les droits connexes, les marques, les indications géographiques, les dessins et les modèles industriels et les brevets⁶³⁸. De manière générale, l'accord impose aux Membres de l'OMC l'obligation (i) de fournir des procédures et mesures correctives civiles et administratives afin que les détenteurs de droits⁶³⁹ puissent bien les faire respecter⁶⁴⁰ et (ii) d'habiliter les autorités judiciaires à prendre des mesures « *provisaires rapides et efficaces* » pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété

⁶³⁶ L'article 41:5 de l'Accord sur les ADPIC dispose en effet qu'« *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* ». Selon Frederick Abbott, l'article 41:5 établit deux principes importants : "First, Members are not required to establish separate judicial systems for the enforcement of IPRs, as distinct from general law enforcement. Second, there is no "obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law generally"". Voir F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.14 TRIPS, op.cit.*, p. 30. Pour J.H. Reichman et David Lange, l'article 41:5 "contains explicit safeguards that immunize WTO member countries from any "obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of laws in general" or even to distribute proportionately greater resources to the enforcement of intellectual property rights than would be available for law enforcement in general" (J.H. Reichman & D. Lange, "Bargaining Around the TRIPS Agreement: The case for Ongoing public-private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions", *op.cit.*, p. 36). Pour d'autres auteurs, l'article 41:5 constitue un avantage très important pour les PED, encore plus que les périodes de transitions. Voir F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *ESIL Forum* 2005, p. 1, disponible en ligne: <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Feng.PDF> (consulté le 16 janvier 2016).

⁶³⁷ La Partie III a une vaste portée. Elle s'applique à tous les droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC. Conformément à l'article 1:2 de l'Accord sur les ADPIC, 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 de cet accord. Voir le 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 1^{er} février 2002, par. 205.

⁶³⁸ P. Arhel, « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, 24 août 2007, n° 170, p. 4 ; UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development, op.cit.*, p. 576.

⁶³⁹ En ce qui concerne l'expression « détenteurs de droits » figurant à la première phrase de l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC, la note de bas de page 11 correspondante dispose que « *l'expression "détenteur du droit" comprend les fédérations et associations habilitées à revendiquer un tel droit* ». Ainsi peuvent avoir accès aux procédures, non seulement les titulaires de droits individuellement, mais aussi leurs groupements. Il est clair comme l'indique le Professeur Henri Comte, spécialement à l'échelle internationale, « *la défense des droits ne peut être efficacement envisagée que dans un cadre collectif* » (H. Comte, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n° 5, pp. 20-21).

⁶⁴⁰ Sont visées les règles relatives aux éléments de preuve, aux injonctions, aux dommages-intérêts et aux autres mesures correctives, y compris le droit des autorités judiciaires à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient écartées des circuits commerciaux ou détruites, ainsi que les matériaux et instruments ayant servi à leur création ou à leur fabrication, sans dédommagement. Voir les articles 43 à 46 de l'Accord sur les ADPIC.

intellectuelle ne soit commis et pour sauvegarder les éléments de preuve relatifs à cette atteinte alléguée⁶⁴¹.

156. Au-delà de ce dispositif, l'Accord sur les ADPIC prévoit également des obligations supplémentaires que les Membres sont tenus de prendre à l'égard des marchandises de marques contrefaites⁶⁴² et des marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur⁶⁴³. Il s'agit des mesures à la frontière⁶⁴⁴ et des procédures pénales⁶⁴⁵.

S'agissant des **mesures à la frontières**, les Membres de l'OMC sont tenus d'adopter des procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marques contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite, accompagnée des preuves⁶⁴⁶, visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières⁶⁴⁷. Toutefois, pour éviter les actions abusives, les autorités compétentes pourraient exiger du requérant qu'il constitue une caution ou une garantie équivalente suffisante pour protéger le défendeur et les autorités compétentes et prévenir les abus⁶⁴⁸. Par ailleurs, si, dans un délai ne dépassant pas 10 jours ouvrables (renouvelables une fois) après que le requérant aura été avisé

⁶⁴¹ L'article 50 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁴² Aux termes de la note de bas de page 14 a) relative à l'article 51, l'expression « marchandises de marque contrefaites » comprennent « *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* ».

⁶⁴³ Aux termes de la note de bas de page 14 b) relative à l'article 51, l'expression « marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur » comprennent « *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* ».

⁶⁴⁴ Celles-ci font l'objet de la quatrième Section 4 de la partie III de l'Accord sur les ADPIC qui comprend les articles 51 à 60.

⁶⁴⁵ Celles-ci font l'objet de la cinquième Section de la partie III de l'Accord sur les ADPIC qui comprend un seul article, l'article 61.

⁶⁴⁶ Le requérant qui fait cette demande doit fournir des éléments de preuve adéquats pour convaincre les autorités compétentes qu'en vertu des lois du pays d'importation il est présumé y avoir atteint à son droit de propriété intellectuelle, ainsi qu'une description suffisamment détaillée des marchandises pour que les autorités douanières puissent les reconnaître facilement. Voir l'article 53 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁴⁷ L'article 51 de l'Accord sur les ADPIC. À noter toutefois que les Membres sont libre d'exiger que les autorités compétentes peuvent éventuellement agir de leur propre initiative, c'est-à-dire sans la saisine d'un éventuel requérant (voir l'article 58 de l'Accord sur les ADPIC). Par ailleurs, il importe encore une fois de préciser que les prescriptions de la Section 4 concernant les mesures à la frontière visant spécialement l'importation de marchandises de marques contrefaites ou les marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur, le Membre demeurant ainsi libre d'étendre la possibilité d'appliquer ces mesures aux importations de marchandises mises sur le marché d'un autre pays par le détenteur du droit ou avec son consentement et aux marchandises en transit (note de bas de page 13 relative à l'article 51), ou encore aux importations de *minimis* (article 60).

⁶⁴⁸ L'article 53 de l'Accord sur les ADPIC.

de la suspension, les autorités douanières n'ont pas été informées qu'une procédure conduisant à une décision au fond a été engagée par une partie autre que le défendeur ou que l'autorité dûment habilitée à cet effet a pris des mesures provisoires prolongeant la suspension de la mise en libre circulation des marchandises, celles-ci seront mises en libre circulation⁶⁴⁹. Au terme de cette procédure, s'il s'avère que l'atteinte au droit de propriété intellectuelle alléguée n'est pas établie, les autorités compétentes doivent être habilitées à ordonner au requérant de verser un dédommagement à l'importateur, au destinataire et au propriétaire des marchandises, en réparation du dommage qui leur aura été causé du fait de la rétention injustifiée de marchandises⁶⁵⁰. Par contre, si l'issue de la procédure est favorable au requérant, les autorités compétentes doivent être habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit. Et s'il s'agit de marchandises de marque contrefaites, celles-ci ne pourront, sauf exception, être réexportées ou assujetties à un autre régime douanier⁶⁵¹.

Par ailleurs, les Membres de l'OMC doivent aussi prévoir **des procédures pénales** et des peines applicables aux moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale⁶⁵². Les peines doivent inclure 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 correspondante⁶⁵³. Dans les cas appropriés, la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit pourront également être prévues⁶⁵⁴.

157. Toutefois, bien que ce dispositif destiné à faire respecter les droits ait constitué l'un des plus importants résultats des négociations du Cycle d'Uruguay, celui-ci a été rapidement jugé insuffisant et inefficace pour lutter contre les violations des droits de

⁶⁴⁹ L'article 55 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁵⁰ L'article 56 de l'Accord sur les ADPIC. On a ici une excellente illustration du souci des négociateurs du Cycle d'Uruguay de préserver un certain équilibre entre les intérêts en présence. Il convenait de permettre une suspension de la marchandise soupçonnée d'être contrefaite, avant qu'elle ne soit disséminée sur le territoire national, mais en même temps d'éviter que les mesures prises à la frontière ne dissuadent les importations. Voir P. Arhel, « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 5.

⁶⁵¹ L'article 59 de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁵² L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article indique aussi que, 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.

⁶⁵³ L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, comme le fait remarquer Pierre Arhel, l'Accord sur les ADPIC ne détermine pas un niveau minimal de sanction (P. Arhel, « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 5).

⁶⁵⁴ L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

propriété intellectuelle⁶⁵⁵. Des initiatives ont été entreprises pour le renforcer, à l’instar du projet d’accord plurilatéral, « l’Accord commercial anti-contrefaçon », plus connu sous son abréviation anglaise « ACTA » (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Il avait pour objectif d’augmenter les moyens de la lutte anti-contrefaçon, notamment en renforçant les dispositions d’ordre pénal⁶⁵⁶. Cependant, le projet n’a pas vu le jour car le Parlement européen l’a rejeté⁶⁵⁷.

158. Si tout ce qui entre dans le champ d’application de l’Accord sur les ADPIC est susceptible d’être une cause possible de différend au regard du Mémoire d’accord, quel est donc le sort des autres secteurs de la propriété intellectuelle non couverts par l’Accord sur les ADPIC, notamment ceux qui ont été volontairement écartés tels que le droit moral et l’épuisement des droits de propriété intellectuelle ?

⁶⁵⁵ Certains auteurs n’ont pas hésité à considérer que le dispositif de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle prévu par l’Accord sur les ADPIC constituait son « talon d’Achille ». Voir P. K. Yu, “TRIPS and its Achilles' heel”, *op.cit.*, pp. 479-531 ; J.H. Reichman & D. Lange, “Bargaining Around the TRIPS Agreement: The case for Ongoing public-private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions”, *op.cit.*, p. 34. J.H. Reichman et David Lange considèrent que “*the enforcement provisions are crafted as broad legal standards, rather than as narrow rules, and their inherent ambiguity will make it harder for mediators or dispute-settlement panels to pin down clear-cut violations of international law*” (*ibid.*, p. 35).

⁶⁵⁶ L’accord s’inscrit dans l’approche ADPIC-Plus. Le projet d’accord a été négocié secrètement depuis 2006 par un petit club de pays (dont les États-Unis, l’Europe, le Japon, etc.). Le contexte général de l’ACTA se caractérisait par la prolifération de la contrefaçon dans les pays tiers, notamment les pays en voie de développement. S’y ajoute également une certaine faiblesse du droit international de la propriété intellectuelle en ce qui concerne la mise en œuvre des droits ainsi que la difficulté pour les pays les plus riches de faire adopter rapidement et sans trop de concessions des règles plus strictes dans le contexte multilatéral des organisations internationales, telles que l’OMC et l’OMPI. Ce texte a fait l’objet d’une abondante littérature, voir C. Geiger, « Quelle mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle au niveau international ? Retour sur l’Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) », *Propriétés Intellectuelles*, avril 2012, n°43, pp. 201-210 ; P. Arhel, « L’Accord commercial anticontrefaçon », *Propriété industrielle*, septembre 2009, étude 17, n° 9, pp. 15- 17 ; P.K.Yu, “Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA”, *SMU Law Review*, 2011, vol. 64, n°3, pp. 975-1094 ; du même auteur, “ACTA and Its Complex Politics”, *The WIPO Journal*, 2011, vol. 3, issue 1, pp. 1-16 ; “THE ACTA/ TPP Country Clubs”, in D. Beldiman (ed.), *Access to Information and Knowledge 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance*, Elgar Intellectual property and Global Development series, Edward Elgar, 2013, pp. 258-283 ; F. Latrive, « Traité secret sur l’immatériel », *Le Monde Diplomatique*, mars 2010.

⁶⁵⁷ En effet, le 4 juillet 2012, le Parlement européen a rejeté le traité en séance plénière.

§2 : Le sort des secteurs écartés de l'Accord sur les ADPIC : le droit moral et l'épuisement des droits de propriété intellectuelle

159. Bien que l'Accord sur les ADPIC soit considéré comme « *l'arrangement multilatéral le plus complet en matière de propriété intellectuelle* »⁶⁵⁸, certains secteurs, bien qu'importants dans le domaine de la propriété intellectuelle, ne sont cependant pas inclus dans l'accord, à l'instar des droits moraux (A) et de la fameuse règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle (B) qui ont été d'ailleurs volontairement écartés.

A. Les droits moraux

160. Le droit moral a été explicitement exclu de l'Accord sur les ADPIC en vertu de son alinéa 1 de l'article 9 qui dispose que, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre de l'accord « *en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6 bis de la Convention de Berne ou les droits qui en sont dérivés* »⁶⁵⁹. Le motif officiel avancé pour cette exclusion serait que l'Accord sur les ADPIC ne se préoccupe que des droits qui touchent directement au commerce ; les droits non-économiques dont fait partie le droit moral n'ont donc pas de place dans son univers⁶⁶⁰. Or, comme l'a fait remarquer le Professeur Daniel Gervais, les exemples habituels d'utilisation des droits moraux ont tendance à toucher au commerce, du moins de façon indirecte, qu'il s'agisse d'une mesure visant à empêcher la présentation de la version colorisée d'un film, ou à permettre à un photographe d'interdire à un magazine de recadrer une photographie que ledit magazine a acheté à des fins de publication⁶⁶¹.

161. Pour certains, cette exclusion énoncée à l'article 9:1 du droit moral a été, en réalité, simplement sacrifiée par l'Europe⁶⁶², à la demande insistante des États-Unis qui

⁶⁵⁸ A. Otten & H. Wager, "Compliance with TRIPS: The Emerging World View", *op.cit.*, p. 392.

⁶⁵⁹ Cette disposition 6 bis de ladite convention prévoit, en effet, indépendamment des droits patrimoniaux de l'auteur, la reconnaissance du droit moral qui confère à l'auteur le droit de revendiquer la paternité de son œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre et à toute autre atteinte à celle-ci, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation.

⁶⁶⁰ Voir S. Ricketson & J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *op.cit.*, p. 616, §10 ; A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, p. 101, § 1400.

⁶⁶¹ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 233.

⁶⁶² Selon Bruno Boval, « *l'exclusion de l'article 6 bis est clairement une concession de la communauté dans le conflit Nord/Nord* » (B. Boval. « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 142). Jean-Louis Perea souligne à ce propos qu'au cours de l'affrontement Europe/États-Unis, la Commission a défendu avec vigueur les positions européennes afin que l'Accord relatif aux ADPIC ne soit pas entièrement influencé par les conceptions juridiques des États-Unis. Mais ceci a eu une contrepartie : l'exclusion du droit moral de l'accord. Voir J.-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union

désiraient éviter toute possibilité que ces droits soient renforcés⁶⁶³. Rappelons à ce titre que la réticence des États-Unis à l'égard du droit moral est connue depuis bien longtemps. C'est d'ailleurs l'une des raisons motivant leur refus d'adhésion à la Convention de Berne⁶⁶⁴. L'on remarquera également que cette division n'est pas nouvelle, le droit moral qui constitue historiquement une expression de la tradition continentale européenne du droit d'auteur n'est pas partagée par le système du copyright anglo-saxon⁶⁶⁵. Sans entrer dans les détails du contenu des deux approches du droit d'auteur (c'est-à-dire droit d'auteur stricto sensu) et *copyright*, il importe toutefois de savoir que les pays de *common law*, c'est-à-dire de droit anglo-saxon au premier rang desquels se trouvent les États-Unis, partagent une approche de *copyright*, où le droit d'auteur est essentiellement une prérogative d'ordre économique et où il n'y a pas de prise en compte de la personnalité de l'auteur. Quant aux pays civilistes, ils connaissent une conception inverse : le monopole d'exploitation de l'œuvre n'est pas tout, même s'il a une grande importance ; il y a aussi la personnalité de l'auteur qui découle de l'œuvre. De cette conception provient le droit moral qui commande que l'auteur ait sur sa création une maîtrise aussi absolue que possible⁶⁶⁶. En somme, le premier (droit d'auteur)

européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, pp. 49-50.

⁶⁶³ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 233 ; A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on Trips (GATT/Uruguay round)", *op.cit.*, p. 161 ; S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *op.cit.*, pp. 616-617, §10.

⁶⁶⁴ M. Josselin, « La notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur Approche de droit comparé », *Bulletin du Droit d'auteur*, n°4, 1992, p. 9 ; A. Dietz, « Les États-Unis et le droit moral : idiosyncrasie ou rapprochement - Observations à propos d'une problématique relevée par l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, octobre 1989, n°142, pp. 223-277. Les États-Unis avaient alors pris l'initiative de faire adopter, dans le cadre de l'UNESCO, la Convention universelle de Genève en 1952 qui ne contient pas l'obligation de protéger le droit moral des auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques (voir J.-L. Piotraut, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, 2004, p. 18 ; M.-C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne: une remise en cause de droit moral? », *Les Petites affiches*, 11 janvier 1995, n°5, p. 39). Les États-Unis ont toutefois fini par adhérer à la Convention de Berne en 1988, soit 102 ans après sa conclusion (voir J.C. Ginsburg et J.M. Kernochan, « Cent deux ans plus tard: les États-Unis adhèrent à la Convention de Berne », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, juillet 1989, n°141, pp. 56-197). Plus exactement, l'administration américaine a transmis en juin 1986 une demande au Congrès pour obtenir le consentement à l'adhésion à la Convention de Berne. Mais le Congrès ne donne suite à cette demande qu'en 1988 et l'approuve le 20 octobre de la même année. La Convention de Berne est entrée en vigueur pour le Gouvernement américain le 1^{er} mars 1989. À ce sujet, voir United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights, Report to Selected Congressional Subcommittees*, *op.cit.*, pp. 29-30 ; F.M. Abbott, "Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework", *op.cit.*, p. 704 ; J. D'Alessandro, "A Trade-Based Response to Intellectual Property Piracy: A Comprehensive Plan to Aid the Motion Picture Industry", *op.cit.*, pp. 448-4521. Voir également le site officiel de l'OMPI à l'adresse suivante : http://www.wipo.int/treaties/fr/notifications/berne/treaty_berne_121.html (consulté le 16 janvier 2016).

⁶⁶⁵ J. De Werra, « Droit et morale du droit moral », *Société Suisse des Auteurs*, n°5, printemps 2006, p. 2, en ligne à l'adresse suivante : http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/tap5_0406_fr.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

⁶⁶⁶ M.-C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne: une remise en cause de droit moral? », *op.cit.*, p. 34.

centré sur l'auteur, s'affirme humaniste quand le second (copyright) se veut réaliste⁶⁶⁷. C'est pourquoi, cette exclusion énoncée à l'article 9 :1 du droit moral a donné lieu à des réactions négatives dans un certain nombre de pays continentaux (de droit civil), où elle a été perçue comme une victoire du régime anglo-américain relatif aux droits d'auteur - centré sur l'économie - sur les régimes dans lesquels ces droits sont considérés comme des droits personnels⁶⁶⁸.

162. Ainsi, si le droit moral est exclu du champ d'application de l'Accord sur les ADPIC, il ne peut alors être invoqué par un Membre de l'OMC devant les organes de l'OMC chargés du règlement des différends⁶⁶⁹. Ces organes de règlement, qui seront abordés dans nos prochains développements, n'ont pas pour fonction de se prononcer sur des droits et obligations autres que ceux qui sont établis par les accords visés, dont fait partie l'Accord sur les ADPIC. Les Membres de l'OMC qui ont une conception stricto sensu du droit d'auteur, sont ainsi privés d'utiliser les procédures de règlement des différends de l'OMC, si d'aventure un conflit naissait à propos de la non-observation du droit moral ; ils devront donc recourir aux procédures archaïques et inefficaces de l'article 33 de la Convention de Berne⁶⁷⁰ sachant que, comme évoqué précédemment, la Cour internationale de justice n'a, à ce jour, jamais été saisie au titre de la Convention de Berne⁶⁷¹. En conséquence, les États-Unis ne s'exposeront à aucune sanction en cas de non-respect de leur part de l'article 6 bis⁶⁷².

163. Cependant, pour certains auteurs, comme le Professeur Marie-Christine Piatti, « l'exclusion des droits moraux n'est sans doute pas aussi grave qu'on pouvait le redouter »⁶⁷³. Elle soutient que dans l'hypothèse où l'Organe de règlement des différends pouvait connaître le droit moral, la méfiance sera toujours présente à l'égard du système de

⁶⁶⁷ M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p. 416.

⁶⁶⁸ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 233-234. Marie-Christine Piatti écrivait à cet égard qu'« on s'est plus préoccupé d'industrie culturelle et d'investissements (...) que d'utilisateurs et surtout d'auteurs. Le produit, l'investissement, l'a emporté sur la personne, l'auteur » (M.-C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne : une remise en cause de droit moral? », *op.cit.*, p. 39). Pour Bruno Boval, cela marque une orientation vers un *droit d'auteur d'entreprise*, à l'opposé de la conception traditionnelle d'un *droit d'auteur de créateur* (B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 142).

⁶⁶⁹ J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, p. 27.

⁶⁷⁰ M.C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne : une remise en cause de droit moral? », *op.cit.*, p. 38. Dans le même sens, voir J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 27.

⁶⁷¹ Voir notre introduction.

⁶⁷² M.C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne: une remise en cause de droit moral? », *op.cit.*, p. 38. Voir également A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, p. 1014, note de bas de page n°276.

⁶⁷³ M.-C. Piatti, « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne: une remise en cause de droit moral ? », *op.cit.*, p. 40.

pensée des organes de l'OMC chargés du règlement des différends⁶⁷⁴. En effet, le risque de déformation ou d'affaiblissement du droit moral est loin d'être écarté⁶⁷⁵.

B. L'épuisement des droits de propriété intellectuelle

164. L'épuisement d'un droit de propriété intellectuelle signifie que « *lorsqu'un produit a été mis sur le marché par ou avec le consentement du titulaire du droit, la revente de ce produit et donc sa ré-importation ou son exportation par des tiers, ne peuvent plus être empêchées sur la base de ce droit* »⁶⁷⁶.

165. L'épuisement des droits peut être adopté à l'échelle nationale, régionale ou internationale. Dans le cadre d'épuisement national, l'exploitation des droits est fondée sur le territoire national⁶⁷⁷. Cela signifie qu'un tiers pourra revendre librement des produits qu'il s'est procuré uniquement sur le marché national étant donné que les droits ont été épuisés au plan national. Mais la commercialisation dans des pays étrangers n'est pas considérée comme ayant épuisé les droits du titulaire (droit d'auteur, d'un brevet ou d'une marque, etc.)⁶⁷⁸. Quant à l'épuisement régional, il est opéré à l'échelon régional, comme cela se passe dans l'Union européenne⁶⁷⁹. Il est considéré dans ce cas qu'il y a épuisement des droits si la commercialisation a eu lieu dans un pays membre de l'accord régional⁶⁸⁰. Mais, la commercialisation dans des pays extérieurs de la région n'est pas considérée comme ayant épuisé les droits du titulaire de droit⁶⁸¹. Enfin, dans le cadre d'un système d'épuisement international, dès qu'une copie légale d'un produit est distribuée quelque part dans le monde,

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Ce que craint aussi Frédéric Pollaud-Dulian, cité par A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op.cit.*, p. 1014, note de bas de page 276.

⁶⁷⁶ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 694. Pour la notion d'épuisement des droits, voir également S. Verville, « La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2006, vol. 18, n°3, pp. 549-583, disponible en ligne: <http://cpi.robic.ca/Cahiers/18-3/CPI%2018-3%20octobre%202006.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

⁶⁷⁷ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, p. 218 ; M. M. Slotboom, "The Exhaustion of Intellectual Property Rights Different Approaches in EC and WTO Law", *The Journal of World Intellectual Property*, May 2003, vol.6, issue 3, p. 422.

⁶⁷⁸ C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, novembre 2001, South Centre, p. 90, note de bas de page 129. Disponible en ligne : <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2961f/h2961f.pdf> (consulté le 16 février 2016).

⁶⁷⁹ Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, pp. 219-220.

⁶⁸⁰ C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement, op.cit.*, p. 92.

⁶⁸¹ Le titulaire de droits peut donc s'opposer. Voir M. M. Slotboom, "The Exhaustion of Intellectual Property Rights Different Approaches in EC and WTO Law", *op.cit.*, p. 422.

avec bien évidemment le consentement du titulaire de droit, les droits relatifs à cette copie sont épuisés⁶⁸², ce qui permet les importations parallèles⁶⁸³.

166. Bien qu'importante, la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, n'a cependant pas été tranchée par l'Accord sur les ADPIC. Son article 6 énonce un principe de « neutralité »⁶⁸⁴ sur la question en disposant qu' « *aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 [traitement national] et 4 [traitement de la nation la plus favorisée], aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle* »⁶⁸⁵. Comme l'écrivait le Professeur André Kéréver, on est en présence d'un article « *qui décide (...) de ne rien décider* »⁶⁸⁶.

À vrai dire, cette question d'épuisement a été l'une des questions les plus difficiles soulevées au cours des négociations sur les ADPIC⁶⁸⁷. Le débat était essentiel du fait qu'il comporte d'importantes conséquences économiques attachées à la validité des importations parallèles⁶⁸⁸. Pour les partisans de l'épuisement international, les importations parallèles

⁶⁸² D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, p. 218 ; M. M. Slotboom, "The Exhaustion of Intellectual Property Rights Different Approaches in EC and WTO Law", *op.cit.*, p. 423.

⁶⁸³ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, p. 217. Selon Carlos Correa, « *l'épuisement des droits justifie sur le plan légal l'admission des importations parallèles* » (C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement, op.cit.*, p.xiv). Il est important toutefois, à ce propos, de préciser que les importations parallèles ou encore qualifiées de « marché gris » ne sont pas des importations d'articles de contrefaçon ou de copies illégales. En fait, il s'agit de produits commercialisés par le titulaire du brevet (ou de la marque ou du droit d'auteur, etc.) ou avec son autorisation dans un pays et importés dans un autre pays sans son approbation. Par exemple, une société X a un médicament breveté dans la République de Belladonne et dans le Royaume de Calamine, mais qu'elle le vend moins cher en Calamine. Cependant, si une deuxième société achète le médicament en Calamine et l'importe en Belladonne à un prix inférieur à celui de la société X. À ce moment, il y a importation parallèle ou « du marché gris ». Le principe juridique visé ici est celui de "l'épuisement", c'est-à-dire que lorsque la société X a vendu un lot de son produit (en l'occurrence, en Calamine), ses droits de brevet sur ce lot sont épuisés et elle n'a plus aucun droit sur ce qu'il advient de ce dernier. Voir le lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm02_f.htm#parallelimports (consulté le 16 février 2016).

⁶⁸⁴ D. Luff., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 694.

⁶⁸⁵ L'application de ces articles 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC implique qu'un Membre de l'OMC ne peut appliquer des règles d'épuisements différentes vis-à-vis des autres Membres. Deux hypothèses peuvent se présenter. Dans la première hypothèse, si un Membre applique l'épuisement national ou même régional, il n'est en effet tenu que de respecter le principe du traitement national résultant de l'article 3. Dans la seconde hypothèse, si un Membre choisit l'épuisement international, il devra alors se soumettre aux obligations qui découlent de l'article 3 relatif au traitement national et à celles qui résultent de l'article 4 relatif au traitement de la nation la plus favorisée. Voir T. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel, op.cit.*, p. 178 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p. 381, §1035.

⁶⁸⁶ A. Kéréver, « Droit d'auteur et mondialisation », disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://cpi.robic.ca/Cahiers/10-1/02KereverW97.html> (consulté le 16 février 2016).

⁶⁸⁷ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, p. 217. Sur l'histoire de la négociation de l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC, voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development, op.cit.*, pp. 94-104.

⁶⁸⁸ J. Schmidt-Szalewski, « L'avenir international de la propriété industrielle », in *mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 575.

jouent en faveur du consommateur, les prix étant en principe plus bas et le choix plus grand⁶⁸⁹. Pour les partisans de l'épuisement national, le principe de l'épuisement international découragerait, par exemple, le titulaire de faire des innovations dans le pays d'importation⁶⁹⁰. Pendant la négociation de l'Uruguay Round, les pays ayant appuyé l'épuisement national (principalement les États-Unis et la Suisse) ont tenté de consacrer le principe dans le futur accord sur les ADPIC, tandis que d'autres (dont l'Australie, le Brésil, Hong Kong, l'Inde, et la Nouvelle-Zélande) ont défendu l'épuisement international, ou, à tout le moins, la liberté de décision de chaque Membre de l'OMC⁶⁹¹. Finalement, au terme d'une longue et difficile négociation, et en raison des divergences de vues nationales, on a abouti au texte de l'article 6⁶⁹² qui ressemble, comme le note le Professeur Marco Bronckers, fort à un « *agreement to disagree* »⁶⁹³, ce qui laisse au final une totale liberté aux Membres d'appliquer le système d'épuisement de leur choix⁶⁹⁴. Ainsi, quelque soit le régime de l'épuisement adopté (national, régional ou international), un Membre ne pourrait pas faire l'objet d'une plainte devant l'ORD à moins que les principes fondamentaux de la non-discrimination (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée) ne soient en cause⁶⁹⁵.

167. Cependant, malgré la clarté de l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC, certains ont vu dans l'article 28 relatif aux droits conférés par le brevet⁶⁹⁶ qui comporte une note de bas de page disant que ce droit est subordonné aux dispositions de l'article 6, une prescription qui irait dans le sens de l'épuisement national. Pour d'autres, au contraire, l'article 6 annule en quelque sorte l'article 28 et permettrait donc des importations parallèles. De fait, cette ambiguïté a conduit à deux interprétations diamétralement opposés⁶⁹⁷. C'est, d'ailleurs, sur

⁶⁸⁹ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 155.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 217-218.

⁶⁹² Sur les difficultés soulevées par la question de l'épuisement des droits dans le cadre de l'élaboration du projet du texte de l'Accord sur les ADPIC, voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 103.

⁶⁹³ M. C.E.J. Bronckers, « Une mise en garde contre des tendances antidémocratiques à l'OMC: De meilleurs règles pour un nouveau millénaire », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, novembre-décembre 1999, n°433, p. 690. Voir également A. Howard & J. Reinbothe, "The state of play in the negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay Round)", *op.cit.*, p. 159.

⁶⁹⁴ T. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce, droit institutionnel et substantiel*, *op.cit.*, p. 178 ; J. Schmidt-Szalewski, « L'avenir international de la propriété industrielle », *op.cit.*, p. 575.

⁶⁹⁵ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 155 ; M. C.E.J. Bronckers, « Une mise en garde contre des tendances antidémocratiques à l'OMC: De meilleurs règles pour un nouveau millénaire », *op.cit.*, p. 690 ; C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, *op.cit.*, p. 94.

⁶⁹⁶ L'article prévoit entre autres que le titulaire dispose du droit exclusif d'importer.

⁶⁹⁷ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, pp. 155-156.

cette question litigieuse qu'un conflit retentissant est né en Afrique du Sud⁶⁹⁸. Trente-neuf firmes pharmaceutiques ont intenté un procès, connu sous le nom de l'« affaire Pretoria », contre le gouvernement sud-africain pour avoir changé le régime d'épuisement national en épuisement international, ce qui permet les importations parallèles, afin d'enrayer l'épidémie de VIH/SIDA⁶⁹⁹. L'affaire a fait l'objet d'une couverture médiatique importante et inédite en la matière, braquant pour la première fois les projecteurs sur la question de l'accès aux antirétroviraux⁷⁰⁰. Le procès de ces firmes (qui ont par la suite suspendu leur action) ainsi que la controverse qui en a suivi ont amené les ministres à éclaircir, dans le cadre de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, la teneur de l'article 6, indiquant que « *l'effet des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est de laisser à chaque Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national des articles 3 et 4* »⁷⁰¹. Ainsi, à l'exception du respect des dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, aucune pratique des Membres concernant l'épuisement des droits ne peut être débattue sous le système de règlement des différends de l'OMC.

Section 2 : Des différends nés d'une violation des obligations contractées au titre de l'Accord sur les ADPIC

168. Dans le cadre de l'OMC, les différends⁷⁰² susceptibles d'être soumis à l'OMC sont clairement définis dans l'article XXIII:1 du GATT de 1994⁷⁰³. Selon les alinéas 1a), 1b)

⁶⁹⁸ voir *infra*, § 676.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p.156 ; A. Guesmi, « Quelle place pour le droit à la santé sur la scène commerciale internationale ? Un recours utile l'analyse de droit économique », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 478. Pour plus de détails sur cette affaire, voir C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, *op.cit.*, p. 93.

⁷⁰⁰ A. Guesmi, « Quelle place pour le droit à la santé sur la scène commerciale internationale ? Un recours utile à l'analyse de droit économique », *op.cit.*, p. 478.

⁷⁰¹ *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, alinéa 5d).

⁷⁰² Dans une note du Secrétariat du GATT intitulée "Concept, formes et effets de l'arbitrage", le terme « différend » est défini comme étant un désaccord particulier concernant un élément de fait, une loi ou une politique dans lequel une requête ou une assertion d'une partie se heurte à un refus, à une demande reconventionnelle ou une dénégation d'une autre partie. Note du secrétariat du GATT, « Concept, formes et effets de l'arbitrage », MTN.GNG/NG13/W/20, 22 février 1988, p. 1.

et 1c) du même article, il y est mentionné que « *dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée* », trois cas particuliers peuvent donner naissance à un différend au sens du Mémoire d'accord. Il s'agit des cas où :

- 1) une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes de l'accord, ce qui correspond aux plaintes « en situation de violation » [alinéa a) de l'article XXIII:1]⁷⁰⁴ ;
- 2) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions de l'accord, appelé plaintes « en situation de non-violation » [alinéa b) de l'article XXIII:1]⁷⁰⁵ ;
- 3) ou qu'il existe une autre situation, appelé couramment plaintes « motivées par une autre situation » [alinéa c) de l'article XXIII:1]⁷⁰⁶.

169. L'article XXIII du GATT de 1994 a été intégralement incorporé dans le premier alinéa de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC⁷⁰⁷. En principe, les alinéas 1a), 1b) et 1c) de l'article XXIII du GATT de 1994 qui réfèrent successivement les trois types de plaintes susmentionnées peuvent être déposées au titre de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, l'alinéa 2 du même article a mis une restriction en disposant que, pendant une période de cinq ans, les deux cas formulés aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC⁷⁰⁸.

⁷⁰³ À titre de rappel, l'article XXIII était la base du règlement des différends du GATT de 1947. Il s'impose toujours aux Membres de l'OMC en vertu de l'alinéa 1 de l'article 3 du Mémoire d'accord, qui précise que « *les membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947 et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent Mémoire d'accord* ».

⁷⁰⁴ 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, par. 39.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Idem.*

⁷⁰⁷ Le premier alinéa de l'article 64 l'Accord sur les ADPIC dispose que « *les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier* ».

⁷⁰⁸ En effet, l'alinéa 2 de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC indique que « *les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC* ».

Ce moratoire⁷⁰⁹ initial a, cependant, été prorogé à plusieurs reprises et il est aujourd'hui encore en vigueur. Les plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation ne sont donc pas encore autorisées dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC (§2), ce qui signifie, qu'à ce jour, seules les plaintes en situation de violation au titre de l'article XXIII: 1 a) du GATT de 1994 peuvent être formulées dans le cadre dudit accord (§1).

§1. Les plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 a) de l'article XXIII du GATT de 1994 : le seul motif d'action autorisé à ce jour dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

170. Ce type de plainte est ce qu'on appelle « plaintes pour violation » relevant de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994. L'Organe d'appel a expliqué dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50) qu'« *il s'agit de différends qui découlent du fait qu'un Membre aurait manqué à ses obligations* »⁷¹⁰. L'aspect fondamental du motif d'action au titre de l'article XXIII:1 a) est donc nécessairement une violation d'une obligation⁷¹¹. Il serait ainsi intéressant d'analyser le type de comportement pouvant constituer une violation de l'Accord sur les ADPIC (A).

171. Par ailleurs, bien que cela n'ait plus d'intérêt aujourd'hui, il convient d'attirer l'attention sur le fait que durant les premières années d'application de l'Accord sur les ADPIC, il était important, avant de porter une plainte pour violation de l'Accord sur les ADPIC devant l'OMC, de s'assurer que le Membre contrevenant était tenu d'appliquer telles ou telles obligations dudit accord. En effet, l'Accord sur les ADPIC a permis explicitement, sous certaines conditions, la possibilité pour certains pays Membres de l'OMC (en particulier les pays en développement et les pays moins avancés) de différer dans le temps l'application de certaines dispositions de l'accord (B).

A. Les comportements constitutifs d'une violation de l'Accord sur les ADPIC

172. Le statut de Membre de l'OMC comporte des obligations et des droits au titre de l'Accord sur les ADPIC. Chaque Membre s'engage donc à les respecter vis-à-vis des

⁷⁰⁹ C'est-à-dire, l'engagement de ne pas déposer de plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC.

⁷¹⁰ Rapport précité de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde— Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 39.

⁷¹¹ *Ibid.*

autres Membres⁷¹². Brièvement dit, si les Membres de l'OMC veulent être en conformité avec l'Accord sur les ADPIC, ils doivent respecter le standard de propriété intellectuelle tel qu'il est énoncé dans l'accord. Autrement dit, si un Membre n'avait pas pris les mesures nécessaires pour s'acquitter de ses obligations souscrites au titre de l'Accord sur les ADPIC, ce comportement pourrait constituer en soi une violation de l'accord. Comme l'explique Hubert Lesaffre, c'est de cette incompatibilité entre « *un comportement attribuable à un Membre de l'OMC et le comportement qui aurait dû être le sien en application de ses obligations que va découler la violation* »⁷¹³. Ainsi, dans la mesure où l'Accord sur les ADPIC exige essentiellement des actions positives⁷¹⁴, c'est donc dans l'inaction ou l'omission que va découler la violation⁷¹⁵.

173. Comme présenté précédemment, les obligations de prendre des mesures positives qu'exige l'Accord sur les ADPIC sont nombreuses et variées. *Grosso modo*, chaque Membre doit non seulement adopter une législation ou réglementation nationale établissant les standards minimums pour la protection des droits de propriété intellectuelle, mais assurer aussi l'application effective de ce dispositif⁷¹⁶. On peut donc avoir deux types de différends : des différends mettant en cause des régimes juridiques de protection des droits de propriété

⁷¹² La règle s'applique pour tous les Accords de l'OMC.

⁷¹³ H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 36.

⁷¹⁴ T. N. Samahon, "TRIPS Copyright Dispute Settlement after the Transition and Moratorium: Nonviolation and Situation Complaints against Developing Countries", *Law and Policy in International Business*, Spring 2000, vol. 31, p. 1068 ; J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *p.cit.*, pp. 421-422.

⁷¹⁵ À ce propos, il est intéressant de faire remarquer que les violations « par omission » se poseraient plus particulièrement dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC que dans les autres Accords de l'OMC (dans ce sens, voir H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 232). Ceci s'explique par le fait que l'Accord sur les ADPIC exige essentiellement des actions positives, alors que les autres Accords de l'OMC visent à interdire certains comportements qui pourraient être préjudiciables pour le commerce (voir le rapport du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, distribué le 5 septembre 1997, par.7.53). Ainsi en est-il, par exemple, des interdictions d'imposer des mesures discriminatoires, d'introduire des restrictions quantitatives, d'adopter des mesures sanitaires et phytosanitaires sans évaluation préalable des risques. Voir également H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 232. Comme l'écrit Joost Pauwelyn : "trade agreements are traditionally about enhancing and securing reciprocal market access and opportunities (not rights) to trade in goods and services. They focus on so-called 'negative integration' where member countries agree and are told what not to do (eg not to impose tariffs above a certain ceiling or not to discriminate). TRIPS, in contrast, is about the protection of private rights. It is the first WTO agreement centred on 'positive integration' where member countries agreed and are told to take positive steps toward harmonization, more particularly, to set up an often costly system of IP registration and enforcement that meets agreed minimum standards. To put it bluntly, a 'failed state' or country without a government would not have a hard time complying with GATT and GATS (as these agreements focus on not doing certain things); it would be much more difficult to comply with TRIPS (which requires positive steps and enforcement)" (J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, pp. 421-422).

⁷¹⁶ En ce sens, voir Ch. S. Levy, "Implementing TRIPS - A Test of Political Will", *Law and Policy in International Business*, Spring, 2000, vol 31, p.789 ; F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 1.

intellectuelle dans le pays Membre concerné et des différends mettant en cause l'application effective de ce dispositif⁷¹⁷. Ainsi, par exemple, l'article 25:1 de l'Accord sur les ADPIC fait obligation aux Membres de prévoir la protection des dessins et modèles industriels créés de manière indépendante qui sont nouveaux ou originaux. L'article 26 de cet accord définit ce que cette protection doit inclure. Il s'agit là d'un exemple caractéristique de l'obligation de prendre une mesure positive en promulguant et en faisant appliquer une loi accordant cette protection⁷¹⁸. En conséquence, l'inaction ou l'omission sera l'élément central d'une plainte pour violation qui pourra être déposée soit lorsqu'un Membre n'aura rien fait, c'est-à-dire qu'il n'aura pas promulgué de loi, ou soit lorsque les lois promulguées et appliquées ne répondront pas aux critères exigés pour une quelconque raison⁷¹⁹.

174. On peut également prendre pour exemple l'article 41 de la section 1 de la Partie III qui énonce les obligations générales applicables à toutes les procédures et mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle dont les Membres doivent mettre à la disposition des détenteurs de ces droits. Il dispose entre autres que « *les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle [...], de manière à permettre **une action efficace** contre tout acte qui porterait atteinte* » à ces droits; ces procédures doivent inclure « *des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent **un moyen de dissuasion** contre toute atteinte ultérieure* »⁷²⁰ (article 41:1). Ces procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent être « *loyales et équitables* »⁷²¹, ne pas être « *inutilement complexes ou coûteuses* », et ne pas comporter des *délais déraisonnables*, ni entraîner « *de retards injustifiés* » (article 41:2). De fait, les obligations de l'article 41 se constituent en deux étapes : la disponibilité des procédures et mesures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle et l'efficacité de leur application⁷²². Ainsi, la mise en place des procédures et mesures prévues

⁷¹⁷ En ce sens, R. C. Dreyfuss & A. F. Lowenfeld, "Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together", *op.cit.*, p. 283 ; Y. Fukunaga, "Enforcing TRIPS: Challenges of Adjudicating Minimum Standards Agreements", *Berkeley Technology Law Journal*, 2008, vol. 23, pp. 889-890, en ligne <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1753&context=btlj> (consulté le 26 janvier 2017).

⁷¹⁸ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends: Chapitre 5 : L'objet possible d'une plainte : compétence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c5s2p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2016).

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ Caractères gras ajoutés.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 4. En ce qui concerne la prescription relative à l'efficacité, l'objet et le but des dispositions concernant les moyens de faire respecter les droits énoncés dans la Partie III sont indiqués dans le

ne suffit pas à bien honorer les obligations d'un Membre selon l'Accord sur les ADPIC. Il faut que l'application de ces procédures et mesures soient « efficace » et « dissuasive », « loyale et équitable »⁷²³. Ainsi, comme l'écrivait Frederick Abbott, “*there are two basic types of claims regarding the enforcement provisions of the TRIPS Agreement that are foreseeable. The first are claims that Members have failed to adopt laws and establish administrative mechanisms that satisfy the basic requirements of Part III of the Agreement. The second are claims that while Members may have adopted the relevant laws and mechanisms, they are failing to operate them in a manner that is “effective”*”⁷²⁴.

175. D'autres obligations exigent aussi une action positive bien qu'elles relèvent de l'ordre procédurale tel par exemple l'obligation de transparence prescrite par l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC pour ce qui concerne la notification⁷²⁵.

176. En somme, ne pas élaborer ou modifier une loi mettant en place les normes minimales pour la protection des droits de la propriété intellectuelle comme l'exige l'Accord sur les ADPIC (les droits d'auteur, les marques de fabrique, les dessins et modèles industriels, les indications géographiques et les brevets, entre autres) pourraient être qualifiés d'inaction susceptible d'engager la responsabilité du Membre défaillant⁷²⁶. La même qualification pourrait aussi s'appliquer si un Membre de l'OMC n'assure pas l'application effective du

Préambule de l'Accord, qui reconnaît la nécessité de « *l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* ». Voir le rapport du Groupe Spécial, États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, WT/DS176/R, par. 8.97.

⁷²³ F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 4. En effet, comme l'écrit Yoshifumi Fukunaga, “*ineffectiveness of domestic remedies assumes that a member violates the TRIPS Agreement because it does not fulfill the requirement to provide a successful deterrent through its domestic remedies*” (Y. Fukunaga, “Enforcing TRIPS: Challenges of Adjudicating Minimum Standards Agreements”, *op.cit.*, p.891). À ce sujet, voir également J.H. Reichman, “Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 1997, vol. 37, p. 339.

⁷²⁴ F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization.3.14 TRIPS*, *op.cit.*, p. 32. Feng Shujie classe également les plaintes déposées à propos de l'application du droit national en matière de droits de la propriété intellectuelle en deux catégories : celles qui ont pour objet la mise en œuvre du niveau minimum de protection des DPI et celles qui mettent en cause l'effet des procédures et mesures nationales pour la protection des DPI. Voir F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, pp. 3-4.

⁷²⁵ Sur cette obligation de notification, voir *supra*, §116 et s.

⁷²⁶ Par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), les États-Unis mettaient en cause non pas l'action de l'Inde, mais l'inaction résidant dans le fait qu'elles n'avaient pas adopté de législation permettant de déposer des demandes de brevets pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (conformément à l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC), ni d'obtenir des droits exclusifs de commercialisation (conformément à l'article 70:9). Les États-Unis ont indiqué devant le Groupe spécial qu'ils « *ne prétendaient pas que l'Inde avait pris une mesure incompatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC; ils estimaient, au contraire, que l'Inde n'avait pas pris les mesures qu'elle était tenue de prendre au titre de l'Accord sur les ADPIC* » (rapport précité du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde – Brevets*), WT/DS50/R, par. 4.35).

dispositif national mis en place en matière de protection de la propriété intellectuelle, ou s'il ne se conforme pas à ses obligations de notification.

B. La nécessaire prise en compte de la date d'application des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC avant de saisir l'ORD

177. Durant les premières années d'application de l'Accord sur les ADPIC, avant de porter une plainte pour violation de l'Accord sur les ADPIC à l'encontre d'un autre Membre de l'OMC, il était nécessaire de s'assurer que l'obligation en question ne soit pas sous le coup d'une période de transition d'application. En principe, tous les Membres de l'OMC ont l'obligation de mettre en œuvre les obligations de l'Accord sur les ADPIC, à partir de sa date d'entrée en vigueur, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1995. Toutefois, considérant les disparités du niveau de développement entre les pays signataires Membres et l'effort considérable que doivent accomplir les pays en voie de développement (PED) et surtout les pays les moins avancés (PMA) pour mettre en œuvre les changements importants aux lois et aux pratiques internes relatives à la propriété intellectuelle⁷²⁷, des périodes transitoires ont été prévues par l'Accord sur les ADPIC pour cette catégorie de pays⁷²⁸. Les dates d'application de l'Accord sur les ADPIC sont donc celles qui tiennent compte de ces périodes transitoires⁷²⁹. Ainsi,

⁷²⁷ En effet, il est généralement admis que les normes ADPIC sont en grande partie inspirées de celles en vigueur dans les pays industriels au moment de la négociation de l'accord. Il s'agit pour reprendre les termes du Professeur Michel Vivant, « *une exportation du modèle américano-européen* » (M. Vivant, « Le système des brevets en question », in B. Remiche (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général. Le brevet : pourquoi et pour faire quoi?*, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier 2007, p. 23). De toute évidence, le grand chantier se trouverait dans les PED et les PMA, qui pour la plupart, n'avaient pas de législation en matière de propriété intellectuelle et même s'ils en avaient une, elle était sommaire (voir J.-L. Perea, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, p. 51 ; R.K. Burch, P.J.D. Smith & W.P. Wheatley, « Divergent Incentives to Protect Intellectual Property. A Political Economy Analysis of North-South Welfare », *op.cit.*, p.169). C'est pourquoi, la signature de l'Accord sur les ADPIC est pour ces pays synonyme d'un chantier juridique gigantesque (V. Nabhan, « 20 ans de droit d'auteur sur la scène internationale: Bilan et perspective », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, juillet 2010, n°225, p. 223). Comme le note Feng Shujie, les pays en développement doivent d'abord comme première étape élaborer ou modifier les régimes juridiques de protection des DPI (ce qui entraîne certains bouleversements législatifs). La deuxième étape consiste à assurer l'application effective des lois et règlements en matière de propriété intellectuelle (F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 1).

⁷²⁸ Les « dispositions transitoires » sont prévues dans la partie VI de l'Accord sur les ADPIC qui comporte les articles 65 et 66. Il importe de noter que c'est essentiellement au travers de ces dispositions transitoires qu'ont été prises en compte les situations et les contraintes particulières de ces pays. En effet, le « système de réserve » a été expressément exclu de l'Accord sur les ADPIC car ceci risquerait de vider de leur substance les obligations que les Membres auraient acceptées. À ce sujet, T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC: un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 149 ; A. Tankoano, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *op.cit.*, p. 466.

⁷²⁹ T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC: un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 149.

durant cette période d'adaptation du droit interne des pays en voie de développement et des pays moins avancés Membres au droit de l'OMC⁷³⁰, ces pays ne peuvent être accusés pour violation d'une règle issue de l'Accord sur les ADPIC dont l'application est différée dans le temps⁷³¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette période est parfois appelée « période de grâce »⁷³². Mais, à l'expiration de cette période, un PED ou PMA peut, bien évidemment, être la cible d'une plainte devant l'ORD⁷³³.

178. Pour bien comprendre ces dates d'application différées pour les PED et les PMA⁷³⁴, il faut d'abord savoir que l'Accord sur les ADPIC prévoit pour l'ensemble des pays Membres une période transitoire générale d'une année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, soit le 1^{er} janvier 1995, pour appliquer les obligations relatives à l'Accord sur les ADPIC⁷³⁵. Cela signifie qu'avant le 1^{er} janvier 1996 aucun pays Membre de l'OMC (qu'il appartienne à la catégorie de pays développés, des PED ou des PMA) n'était tenu, à l'exception de certaines dispositions d'application générales, d'appliquer les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

179. Alors que les pays développés devront mettre en œuvre les dispositions de l'accord le 1^{er} janvier 1996, les **pays en voie de développement**⁷³⁶, ont eu le droit de différer pendant une nouvelle période de quatre ans la date d'application des dispositions de l'Accord

⁷³⁰ Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 658.

⁷³¹ En sens, P. Jacquet, P. Messerlin et L. Tubiana, « Le cycle du millénaire », in *Le cycle du millénaire*, La Documentation française, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, 1999, p. 39, disponible en ligne: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000893/0000.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

⁷³² En anglais "grace period". Voir R. C. Dreyfuss and A. F. Lowenfeld "Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together", *op.cit.*, p. 300.

⁷³³ En ce sens, voir T. N. Samahon, "TRIPS Copyright Dispute Settlement after the Transition and Moratorium: Nonviolation and Situation Complaints against Developing Countries", *op.cit.*, p. 1057.

⁷³⁴ Les pays en voie de développement sont souvent appelés « les pauvres ». Les PMA sont considérés comme les plus pauvres parmi les pauvres "the poorest of the poor". J.H. Reichman, "The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries? ", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Summer 2000, vol.32, p. 444, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=faculty_scholarship (consulté le 16 janvier 2106).

⁷³⁵ L'article 65:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷³⁶ Il importe de noter que les différents textes de l'OMC ne contiennent aucune définition des pays « en développement » ni même des pays « développés ». Les Membres décident eux-mêmes s'ils font partie des pays « développés » ou « en développement ». Autrement dit, est PED celui qui se déclare tel (principe d'« auto désignation »). Cependant, les autres Membres peuvent contester la décision, prise par ce Membre, de recourir aux dispositions prévues en faveur des pays en développement. Voir T. Voituriez, *Pourquoi le « développement » a piégé l'OMC*, Institut du développement durable et des relations internationales, Iddri| Synthèse n° 03, 2007, pp. 1-2, disponible en ligne: http://www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_oeuoee_voituriez_OMCdevelopment.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

sur les ADPIC⁷³⁷. Ce qui porte ainsi la durée totale de la période de transition à cinq ans, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2000⁷³⁸. Ces pays en développement pouvaient également différer pour une période transitoire supplémentaire de cinq ans, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2005, l'application des dispositions de l'accord en matière de brevets de produits dans « *les domaines de la technologie* »⁷³⁹ qui ne peuvent faire l'objet d'une telle protection sur leur territoire à la date d'application générale de l'accord⁷⁴⁰. Ces pays étaient toutefois tenus durant cette période de transition et dès l'échéance de la période générale de transition d'un an (c'est-à-dire, le 1^{er} janvier 1996), de respecter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC portant sur le traitement national prévu à l'article 3, le traitement de la nation la plus favorisée prévue à l'article 4 et les conventions antérieurement conclues sous les auspices de l'OMPI quant à l'acquisition ou le maintien de droits de propriété intellectuelle prévus à l'article 5⁷⁴¹. Autrement dit, à partir du 1^{er} janvier 1996, ces pays encouraient le risque d'être attirés devant l'ORD en cas de discrimination à l'égard des ressortissants des autres Membres. Qui plus est, pendant la totalité de la période de transition, et ce depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, le 1^{er} janvier 1995, les PED (comme l'ensemble des pays Membres de l'OMC) doivent faire en sorte que les modifications apportées à leurs lois, réglementations et pratiques pendant cette période n'aient pas pour effet de rendre celles-ci moins compatibles avec les dispositions de l'accord⁷⁴². Ils sont également tenus, par les dispositions des articles 70:8 et 70:9 s'ils n'accordaient pas une telle protection au moment de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (soit le 1^{er} janvier 1995). Ils doivent en effet offrir un moyen de déposer des demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, de ce qu'il est convenu d'appeler « système de la boîte aux lettres »⁷⁴³ ainsi un

⁷³⁷ Voir l'alinéa 2 de l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC. Les pays dont l'économie est en transition, pouvaient également bénéficier de ce même délais, c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} janvier 2000, s'ils remplissaient certaines conditions supplémentaires. Voir l'alinéa 3 de l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷³⁸ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 45.

⁷³⁹ Sont notamment visés les produits indiqués par l'article 70:8, c'est-à-dire, les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture.

⁷⁴⁰ L'article 65:4 de l'Accord sur les ADPIC. Parmi ces pays qui ont recours à ce délai transitoire : l'Inde, Pakistan, Tunisie, l'Egypte et le Maroc. Voir T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 150).

⁷⁴¹ L'article 65:2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁴² L'article 65:5 de l'Accord sur les ADPIC. C'est-à-dire, l'interdiction d'abaisser le niveau de protection des droits de propriété intellectuelle pendant les délais accordés pour mettre leur législation en conformité avec l'Accord sur les ADPIC. Cette obligation est aussi appelée l'obligation de « *standstill* ». Voir A.M. Von Hase, "The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right", *op.cit.*, p. 116 ; T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 149.

⁷⁴³ Système prévu à l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. Au sujet de ce système, voir le raisonnement du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, *infra*, 729 et s.

système de droits exclusifs de commercialisation⁷⁴⁴. L'Inde fut doublement condamnée par l'ORD pour ne pas avoir établi de tels systèmes pendant la période de transition qui lui a été accordée⁷⁴⁵.

180. Les **pays moins avancés Membres** de l'OMC (PMA)⁷⁴⁶, en raison de leurs besoins, de leurs impératifs spéciaux, de « *leurs contraintes économiques, financières et administratifs et le fait qu'ils ont besoin de flexibilité pour se doter d'une base technologique viable* »⁷⁴⁷, ont bénéficié d'un délai pouvant aller jusqu'à dix ans à compter de la date d'application générale, (c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1996)⁷⁴⁸. Ainsi, les PMA ne seront pas tenus d'appliquer les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, à l'exclusion de celles des articles 3, 4 et 5⁷⁴⁹, avant le 1^{er} janvier 2006⁷⁵⁰. Cette période de transition a été prorogée deux fois pour tous les PMA en réponse à une demande spécifique du Groupe des PMA⁷⁵¹. En effet, dans sa décision du 29 novembre 2005, le Conseil des ADPIC a prorogé la période jusqu'au 1^{er} juillet 2013⁷⁵² et, le 11 juin 2013, il l'a prorogée de nouveau jusqu'au 1^{er} juillet 2021, ou jusqu'à la date à laquelle ils cesseront de faire partie des pays les moins avancés, si cela se produit avant 2021⁷⁵³. En ce qui concerne les produits pharmaceutiques, en raison des effets que pourrait avoir l'application de l'Accord sur les ADPIC sur l'accès aux

⁷⁴⁴ Système prévu à l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁴⁵ Les plaintes émanant respectivement des États-Unis et des Communautés européennes. Voir *infra*, §501 et s.

⁷⁴⁶ Pour l'OMC, les pays les moins avancés (PMA) sont ceux qui ont été désignés comme tels par l'Organisation des Nations unies (liste tenue par le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations unies). La qualification de « pays les moins avancés » (PMA) repose aujourd'hui sur la satisfaction de trois critères : le revenu national, un indice d'actifs humains et un indice de vulnérabilité économique. Voir T. Voituriez, « Pourquoi le « développement » a piégé l'OMC », *op.cit.*, p. 2.

⁷⁴⁷ Dès le début de son préambule, l'Accord sur les ADPIC reconnaît « *les besoins spéciaux des pays les moins avancés Membres en ce qui concerne la mise en œuvre des lois et réglementations au plan intérieur avec un maximum de flexibilité pour que ces pays puissent se doter d'une base technologique solide et viable* ».

⁷⁴⁸ L'article 66:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁴⁹ En effet, même pendant cette période transitoire, ces pays doivent respecter, depuis le 1^{er} janvier 1996, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatifs au traitement national (article 3) et au traitement de la nation la plus favorisée (article 4) et les accords multilatéraux sur l'acquisition ou le maintien de la protection (article 5). Voir l'article 66:1 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁵⁰ En effet, les PMA profitent comme l'ensemble des pays membres, d'une période de transition de un an à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (article 65:1), à laquelle s'ajoute les dix ans de l'article 66:1, ce qui fait au total d'une période de transition de onze ans.

⁷⁵¹ En effet, peu avant la date d'échéance (1^{er} janvier 2006), les PMA ont présenté conjointement une demande de sursis au Conseil des ADPIC conformément à l'article 66:1 de l'Accord sur les ADPIC. En effet, en vertu de cet article, sur demande dûment motivée d'un pays moins avancé, le Conseil des ADPIC accordera des prorogations de ce délai.

⁷⁵² OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Prorogation de la période de transition au titre de l'article 66:1 pour les pays les moins avancés membres*, Décision du 29 novembre 2005, IP/C/40, 30 novembre 2005.

⁷⁵³ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Prorogation de la période de transition au titre de l'article 66:1 pour les pays les moins avancés membres, décision du Conseil des ADPIC du 11 juin 2013*, IP/C/64, 12 juin 2013. Notons que la période de transition peut être prolongée à nouveau sur demande dûment motivée conformément à l'article 66 :1 de l'Accord sur les ADPIC.

médicaments, la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (adoptée en 2001) a donné pour instruction au Conseil des ADPIC de proroger jusqu'en 2016 le délai ménagé aux PMA pour se conformer aux dispositions des sections 5 (brevets) et 7 (renseignements non divulgués) de la partie II de l'Accord sur les ADPIC et de l'obligation de faire respecter les droits prévus par ces sections⁷⁵⁴. Conformément à cette instruction, le Conseil des ADPIC adopta formellement une décision à cet effet en juin 2002⁷⁵⁵. En novembre 2015, le délai fixé au 1^{er} janvier 2016 a été prorogé de nouveau, sur décision du Conseil des ADPIC, jusqu'au 1^{er} janvier 2033, ou jusqu'à ce qu'un pays donné cesse de faire partie des PMA, si cela se produit avant 2033⁷⁵⁶.

181. Ainsi présenté, l'identification de la date d'application de l'Accord sur les ADPIC tenant compte de ces périodes transitoires était nécessaire durant les premières années d'application du système de règlement des différends de l'OMC, car savoir à quel moment on peut attirer un PED ou un PMA devant l'ORD permettrait d'éviter beaucoup de plaintes inutiles et sans issues. Aujourd'hui, cette identification n'est plus nécessaire pour les anciens PED signataires de l'Accord de Marrakech, exception faite pour les PMA, puisque les périodes transitoires qu'on vient de présenter ont toutes expirées. Les PED nouvellement admis à l'OMC après sa création en 1995 n'ont pas pour la plupart obtenu de période de transition pour l'application des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC⁷⁵⁷. Par conséquent, ils peuvent éventuellement être la cible de plainte devant l'OMC.

⁷⁵⁴ Paragraphe 7 de la *Déclaration ministérielle sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

⁷⁵⁵ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Prorogation de la période de transition prévue à l'article 66:1 de l'Accord sur les ADPIC en faveur des pays les moins avancés Membres pour certaines obligations en ce qui concerne les produits pharmaceutiques*, décision du 27 juin 2002, IP/C/25, 1^{er} juillet 2002. En complément de cette décision, le Conseil général a adopté, pour la même période (soit jusqu'au 1^{er} janvier 2016), une dérogation aux obligations incombant aux PMA Membres au titre de l'article 70:9 en ce qui concerne les produits pharmaceutiques. Conseil général, *Pays les moins avancés membres – obligations au titre de l'article 70.9 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les produits pharmaceutiques*, décision adoptée le 8 juillet 2002, WT/L/478, 12 juillet 2002.

⁷⁵⁶ Voir la *Décision sur la prorogation de la période de transition prévue à l'article 66:1 de l'Accord sur les ADPIC en faveur des pays les moins avancés Membres pour certaines obligations en ce qui concerne les produits pharmaceutiques*, adoptée par le Conseil des ADPIC le 6 novembre 2015. Voir le site officiel de l'OMC : https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/pharmapatent_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

⁷⁵⁷ Voir le site officiel de l'OMC: http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm04_f.htm#pharmsandags (consulté le 16 janvier 2016). À ce propos, Pierre Arhel a fait remarquer que plus un pays attend pour adhérer à l'Organisation, plus les conditions d'accès sont contraignantes. Par exemple, la Chine et l'Arabie saoudite n'ont pas bénéficié d'un délai de transition pour adapter leur législation et cela faisait manifestement partie du prix payé par ces pays pour accéder à l'OMC. Voir P. Arhel, « ADPIC-Plus : l'exemple de l'accession à l'OMC de la Chine, du Cambodge et de l'Arabie Saoudite », *Petites Affiches*, 16 novembre 2007, n° 230, pp. 4-7.

§ 2. Les plaintes formulées au titre des alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 : une possibilité toujours non autorisée dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

182. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC, il a été prévu que les deux situations relevant des alinéas 1b) et 1c) de l'article XXIII du GATT de 1994, ne s'appliqueront pas à cet accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, soit le 1^{er} janvier 1995⁷⁵⁸. Il s'agit respectivement des cas où « *une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord* »⁷⁵⁹ et où « *il existe une autre situation* »⁷⁶⁰. Le premier cas concerne les plaintes « en situation de non-violation » tandis que le deuxième cas a trait aux plaintes « motivées par une autre situation »⁷⁶¹ (A).

183. Cependant, parallèlement à ce moratoire de cinq ans, désormais révolu, il a été prévu selon le troisième alinéa du même article que le Conseil des ADPIC devait examiner la portée et les modalités pour ce type de plainte dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et présenter ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Or, à ce jour, aucune recommandation n'a été approuvée à ce sujet. La question étant toujours en cours de discussions au sein du Conseil des ADPIC (B).

A. Présentation générale des plaintes « en situation de non-violation » et plaintes « motivées par une autre situation »

184. Nous aborderons successivement les plaintes en situation de non-violation (1) et plaintes motivées par une autre situation (2).

1. Les plaintes « en situation de non-violation »

185. Les plaintes « en situation de non-violation » relèvent, comme expliqué précédemment, de l'alinéa 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994. Selon les termes de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*, « *il s'agit de différends pour lesquels il n'est pas nécessaire d'alléguer un manquement à une obligation. L'aspect*

⁷⁵⁸ C'est-à-dire, l'engagement de ne pas déposer de plaintes en situation de non-violation au titre de l'Accord sur les ADPIC pendant les cinq premières années de l'OMC allant de 1995 à 1999.

⁷⁵⁹ L'alinéa 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994.

⁷⁶⁰ L'alinéa 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994.

⁷⁶¹ L'on remarquera que certains auteurs ont tendance à regrouper les deux types de plaintes susmentionnées sous l'appellation des « plaintes en situation de non violation », par opposition sans doute aux plaintes qui reposent sur des allégations de violation d'une obligation. Voir, par exemple, H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, op.cit., p. 97.

*fondamental du motif d'action au titre de l'article XXIII:1 b) n'est pas forcément une violation des règles, mais plutôt l'annulation ou la réduction d'un avantage résultant pour un Membre d'un accord visé »*⁷⁶².

186. Historiquement, le recours en situation de non-violation est apparu pour la première fois dans les accords commerciaux bilatéraux conclus au cours des décennies qui ont précédé le GATT de 1947⁷⁶³, en particulier par les États-Unis⁷⁶⁴. La doctrine de la non-violation trouve son origine dans le constat qu'un large éventail de mesures gouvernementales peuvent avoir une incidence sur la valeur des engagements souscrits dans le cadre des accords commerciaux internationaux et qu'il serait très difficile et peut-être inopportun de chercher à réglementer toutes ces mesures⁷⁶⁵.

187. Dans le cadre du GATT de 1974, la possibilité de plaintes en situation de non-violation avait pour objectif de dissuader les pays de modifier l'« équilibre des avantages » négocié en instituant des mesures de restriction du commerce, quoique conforme au GATT d'un point de vue formel⁷⁶⁶. Dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), l'Organe d'appel a déclaré que « *les plaintes "en situation de non-violation" tirent leur origine du fait que le GATT a été conçu comme un accord destiné à protéger les concessions tarifaires réciproques négociées par les parties contractantes au titre de l'article II. En l'absence de règles juridiques de fond dans de nombreux domaines touchant le commerce international, la disposition de l'article XXIII:1 b) relative aux actions "en situation de non-violation" visait à empêcher les parties contractantes de recourir à des obstacles non tarifaires ou à d'autres mesures de politique générale pour neutraliser les avantages des concessions tarifaires négociées »*⁷⁶⁷.

188. Dans le cadre de l'OMC, un Membre peut formuler une plainte « en situation de non-violation » lorsque l'équilibre des concessions négocié entre les Membres est rompu

⁷⁶² Rapport précité de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 39.

⁷⁶³ OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, document IP/C/W/124, 28 janvier 1999, p. 30, § 96.

⁷⁶⁴ S.-J. Cho, "GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?", *Harvard International Law Journal*, 1998, vol.39, n° 2, p. 314 ; L. Hsu, «Non – Violation Complaints-World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements », *Journal of World Trade*, 2005, vol. 39, n°2, pp. 205-206.

⁷⁶⁵ OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, *op.cit.*, p.12, § 30.

⁷⁶⁶ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 139. Sur l'historique de l'élaboration de l'article XXIII:1b) du GATT, voir S.-J. Cho, "GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?", *op.cit.*, pp. 314-315.

⁷⁶⁷ Rapport précité de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 41.

par l'application d'une mesure, que celle-ci soit ou non incompatible avec les dispositions de l'accord visé⁷⁶⁸. L'objectif est de préserver l'équilibre des avantages établi au cours des négociations multilatérales⁷⁶⁹. Cette procédure est toutefois très délicate car, contrairement à la plainte en situation de violation, le plaignant devra fournir une justification détaillée de ses allégations d'annulation ou de réduction des avantages résultant des Accords de l'OMC⁷⁷⁰. En outre, la procédure ne pourra pas aboutir à une obligation de retrait de la mesure nationale en cause, comme cela est le cas en situation de violation, mais seulement à une recommandation de procéder à un ajustement mutuellement satisfaisant⁷⁷¹. Les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel considèrent que les plaintes de non-violation doivent être « *approchées avec prudence et traitées comme un instrument exceptionnel de règlement des différends* »⁷⁷².

189. Cependant, si ce type de plainte pouvait concerner le domaine des marchandises ou des services, il n'en est pas de même dans le domaine de la propriété

⁷⁶⁸ L'article 26 du Mémoire d'accord et l'article XXIII:1b) du GATT de 1994. Voir le rapport précité 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, par. 41. Pour plus d'avantage sur ce sujet, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 780 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 139.

⁷⁶⁹ Par exemple, un pays a accepté de réduire ses droits de douane sur un certain produit dans le cadre d'un accord concernant l'accès aux marchés, mais qu'il a ensuite subventionné la production nationale de telle manière que les conditions de concurrence soient identiques à ce qu'elles étaient lorsque les droits de douane initiaux étaient appliqués. Dans ce cas de figure, une plainte en situation de non-violation peut être déposée contre lui pour rétablir les conditions de concurrence impliquées par l'accord original. Voir le lien officiel de l'OMC: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/nonviolation_background_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

⁷⁷⁰ L'article 26:1 a) du Mémoire d'accord. Selon une étude très fouillée du Secrétariat de l'OMC, pour construire une argumentation probante, la partie plaignante doit satisfaire aux prescriptions fondamentales ci-après: a) une mesure imputable au gouvernement de la partie défenderesse existe ; b) la partie plaignante ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à cette mesure lorsqu'elle a négocié l'engagement avec la partie défenderesse ; et c) la mesure nuit au rapport de concurrence entre les produits qui a été établi par l'engagement visé. Voir OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et accord sur les ADPIC*, document précité IP/C/W/ 124, § 32.

⁷⁷¹ L'article 26:1 b) à d) du Mémoire d'accord. Voir également le rapport précité 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, par. 41. Pour une présentation plus détaillée de la procédure de plainte en situation de non violation, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., pp. 781 et 880 à 884 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, op.cit., pp. 96-104 et pp. 115- 132 ; D.-W. Kim, *Non-violation Complaints in WTO Law: Theory and Practice*, Studies in Global Economic Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 1 ed, 2006, pp. 115-165.

⁷⁷² Voir le rapport du Groupe spécial *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, distribué le 31 mars 1998, par. 10.36 ; rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenants*, WT/DS135/R, distribué le 18 septembre 2000, par. 8.271 et rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001, par. 186. Quoi qu'il en soit, le recours à ce type de plainte reste exceptionnel. L'Organe d'appel l'a d'ailleurs relevé dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50) que dans toute « l'histoire du GATT/de l'OMC, il n'y a eu que quelques affaires introduites à la suite de plaintes "en situation de non-violation" formulées au titre de l'article XXIII:1 b) ». Voir le rapport précité de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 39.

intellectuelle étant donné que, comme il sera développé ultérieurement, l'interdiction initiale qui faisait obstacle à leur application se poursuit aujourd'hui encore.

2. Les plaintes « motivées par une autre situation »

190. Ce type de plainte relève, comme expliqué précédemment, de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994. À première vue, les possibilités qu'il offre apparaissent innombrables⁷⁷³. Au sens littéral, ce recours pourrait viser n'importe quelle situation du moment qu'un avantage se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'accord est entravée⁷⁷⁴. Pour certains, d'ailleurs, le texte de l'alinéa 1c) de l'article XXIII du GATT de 1994 est une disposition « fourre-tout »⁷⁷⁵. Toutefois, l'historique de la négociation du GATT de 1974 indique que ladite disposition devait entrer en jeu dans les situations d'urgence macro-économique (par exemple dépressions générales, fort taux de chômage, effondrement du prix d'un produit, difficultés de balance des paiements)⁷⁷⁶.

191. Dans la pratique suivie dans le cadre du GATT de 1947, les Parties Contractantes ont eu recours à l'article XXIII: 1 c) dans quelques cas pour se plaindre de retraits de concessions, d'échecs de renégociations de concessions tarifaires et d'attentes déçues en matière de flux commerciaux⁷⁷⁷. Toutefois, ce type de plainte comme l'a souligné l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets* (WT/DS50), « n'a jamais servi de base à une recommandation ou une décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT ou de l'Organe de règlement des différends (...)»⁷⁷⁸. Ce constat a, d'ailleurs, amené certains auteurs à considérer que ce type de plainte est tombé en désuétude⁷⁷⁹.

192. Dans le cadre de l'OMC, s'il est possible de formuler en principe des plaintes au titre de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII s'agissant de différends qui relèvent de tous les

⁷⁷³ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 782.

⁷⁷⁴ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 4: le fondement juridique d'un différend*, en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s2p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁷⁷⁵ R. Read, "Trade dispute settlement mechanisms: the WTO dispute settlement understanding in the wake of the GATT", *Lancaster University Management School, Working Paper*, 2005, p.4, en ligne: <http://eprints.lancs.ac.uk/48758/4/TradeDispute.pdf> (consulté le 16 janvier 2017).

⁷⁷⁶ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 4: le fondement juridique d'un différend*, Disponible à l'adresse suivante : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s2p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁷⁷⁷ *Ibid.* Voir également D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., pp. 781-782.

⁷⁷⁸ Rapport précité 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, p. 39.

⁷⁷⁹ UNCTAD - ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 672. Pour une opinion contraire, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., pp. 884-884.

accords visés⁷⁸⁰ à l'exception de l'AGCS⁷⁸¹, il n'en est pas de même dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, car, comme il sera abordé ci-après, la question n'est pas encore tranchée au sein du Conseil des ADPIC.

B. La faculté de formuler des plaintes « en situation de non-violation » et plaintes « motivées par une autre situation » dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC : une question toujours en discussion

193. Comme évoqué précédemment, les plaintes en « situation de non-violation » ou « motivées par une autre situation » ne peuvent constituer le fondement d'une action au titre de l'Accord sur les ADPIC pendant les cinq premières années à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC⁷⁸², soit le 1^{er} janvier 1995. La raison initiale du moratoire était de permettre au Conseil des ADPIC d'examiner la portée et les modalités pour ce type de plainte dans ledit accord et de présenter ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption par consensus⁷⁸³. Cependant, malgré le nombre important de discussions - formelles et informelles - entre les Membres de l'OMC au sein du Conseil des ADPIC, il n'y a eu à ce jour aucune concertation sur ce sujet. En réalité, l'application éventuelle de ces plaintes dans le contexte de l'ADPIC est sujette à de grandes controverses (1). Les points de vue sont tellement éloignés que les Membres de l'OMC n'ont pu se mettre d'accord que sur des prorogations successives du moratoire, qui interdit le dépôt de ce type de plainte dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC (2).

1. Une application sujette à controverse

194. L'application éventuelle des plaintes « en situation de non-violation » et plaintes « motivée par une autre situation » dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC est une question très controversée. Cette controverse remonte même aux négociations du Cycle d'Uruguay. Rappelons, en effet, qu'au moment où l'Accord sur les ADPIC était en voie d'élaboration, l'application du système de règlement des différends avait effectivement

⁷⁸⁰ Pour une présentation de la procédure de ce type de plainte, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 884 ; UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, op.cit., p. 672.

⁷⁸¹ En effet, dans le cadre de l'AGCS, l'article XXIII:3 n'autorise pas en effet la présentation de telles plaintes. OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, p. 28, § 88.

⁷⁸² L'alinéa 2 de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁸³ L'article 64:3 du Mémoire d'accord. Voir C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, op.cit., p. 46.

soulevé des questions quant à son application au domaine de la propriété intellectuelle. De la même façon, lorsque le sujet des différends en situation de non-violation avait été débattu, la question de l'applicabilité de ce mode de règlement des différends au domaine des ADPIC avait aussi donné lieu à des débats interminables en raison de la division d'opinions sur cette question⁷⁸⁴. Cette division a persisté jusqu'à la fin, ce qui a abouti à la rédaction du texte final de l'article 64 comportant les alinéas 2 et 3 concernant spécifiquement les plaintes en situation de non-violation et motivées par une autre situation⁷⁸⁵. Le premier met en place un moratoire interdisant leur application tandis que le deuxième charge le Conseil des ADPIC d'examiner la question de leur application dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Mais, depuis, aucune évolution n'a été constatée sur ce sujet et la question suscite toujours un vif débat entre les délégations des Membres au sein du Conseil des ADPIC⁷⁸⁶.

195. **S'agissant des plaintes en situation de non-violation**, la question a été examinée notamment au sujet de savoir quel était l'objectif d'un tel recours et s'il était nécessaire ou souhaitable dans le contexte des ADPIC. L'autre question examinée dans ce contexte a été le point de savoir si le recours en situation de non-violation était nécessaire pour la sécurité et la prévisibilité des avantages qui devraient découler de l'Accord sur les ADPIC, et notamment s'il pouvait être applicable aux avantages découlant des règles d'application générale ou s'il était seulement applicable aux avantages provenant des concessions tarifaires et autres concessions en matière d'accès aux marchés. Des observations ont été également faites concernant les conséquences de l'application du recours en situation

⁷⁸⁴ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard les 7 et 8 juillet 1999*, IP/C/M/24, 17 août 1999, § 106.

⁷⁸⁵ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 673. Pour un historique détaillé sur la négociation des alinéas 2 et 3 de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC, voir la note d'information factuelle du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, document précité, pp. 6 - 8.

⁷⁸⁶ Le présent paragraphe se fonde, en grande partie, sur les documents présentés par les Membres de l'OMC sur ce sujet au Conseil des ADPIC, sur les notes préparées par le Secrétariat et sur les Comptes rendus des réunions du Conseil des ADPIC, tenues au Centre William Rappard, au cours desquelles la question des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation a été discutée. Pour les notes récapitulatives préparées par le Secrétariat à cet effet, voir en particulier : la note récapitulative du Secrétariat, révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.1, 24 novembre 2004 et note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.2, 19 octobre 2012. Pour un avis de la doctrine sur cette question, voir D-W. Kim, *Non-violation Complaints in WTO Law: Theory and Practice*, *op.cit.*, pp. 58- 66 ; G. E. Evans, "A Preliminary Excursion into TRIPS and Non-Violation Complaints", *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 6, pp. 867-888 ; M. Stilwell & E. Tuerk, "Non-violation Complaints and the TRIPS Agreement: Some Considerations for WTO Members", *Center for International Environmental Law*, May, 2001, pp 1-13, en ligne: http://www.ciel.org/Publications/Nonviolation_Paper1.pdf (consulté le 16 janvier 2016) ; UNCTAD- ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, pp. 673-675 et pp.680-682 ; J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, *op.cit.*, p. 367 ; J.H Reichman, "Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement", *op. cit.*, p. 353.

de non-violation pour l'équilibre des droits et obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et la question de savoir si elle accroîtrait ou réduirait la certitude⁷⁸⁷.

Pour la majorité des Membres, les plaintes en situations de non-violation ne sont pas applicables à l'Accord sur les ADPIC. On a fait valoir que contrairement aux autres Accords de l'OMC, l'Accord sur les ADPIC était un accord *sui generis* : il était destiné non pas à protéger l'accès aux marchés ou l'équilibre des concessions tarifaires, mais plutôt à établir des normes minimales de protection de la propriété intellectuelle⁷⁸⁸. L'Accord disposait expressément que les Membres de l'OMC n'avaient pas l'obligation de mettre en œuvre une protection plus large. Les plaintes en situation de non-violation pouvaient ainsi risquer de créer de nouvelles responsabilités, non négociées, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC⁷⁸⁹. On ne voyait pas également très bien quelle analogie il y avait entre, d'une part, une concession tarifaire négociée et acceptée par tous les Membres de l'OMC et, d'autre part, une reconnaissance multilatérale des droits des nationaux que devait prévoir un Membre de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC⁷⁹⁰.

À l'opposé de ces opinions, d'autres ont estimé que l'article XXIII:1 b) du GATT ne se limitait pas aux avantages tarifaires⁷⁹¹. On a fait valoir que le recours en situation de non-violation était un élément important du système de règlement des différends de l'OMC et devrait s'appliquer dans le domaine des ADPIC comme il s'appliquait dans les autres domaines qui relevaient de l'OMC⁷⁹². On a aussi soutenu que l'Accord sur les ADPIC est bel et bien un accord d'accès aux marchés puisqu'il aide à réduire les distorsions qui existaient dans les marchés avant sa négociation en établissant des normes et des principes adéquates

⁷⁸⁷ OMC, Conseil des ADPIC, Note récapitulative du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation*, Révision, IP/C/W/349/Rev.2, *op.cit.*, section III intitulée « préoccupations d'ordre systémique concernant l'annulation ou la réduction d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC », pp. 4 et s.

⁷⁸⁸ Qui, lorsqu'elles étaient appliquées abusivement, pouvaient aller jusqu'à compromettre l'accès aux marchés. Voir la Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385, §§ 30-31.

⁷⁸⁹ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue le 7 juin 2011*, IP/C/M/66, § 111. Le représentant de l'Inde a indiqué que la création d'obligations non négociées était incompatible avec le paragraphe 2 de l'article 3 du Mémoire d'accord qui disposait que les décisions de l'ORD ne pouvaient pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés (*ibid.*, § 112).

⁷⁹⁰ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 21 et 22 avril 1999*, IP/C/M/23, § 112.

⁷⁹¹ OMC, Conseil des ADPIC, Note récapitulative du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation*, Révision, IP/C/W/349/Rev. 2, p.5, § 12.

⁷⁹² OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 1er et 2 décembre 1998*, document IP/C/M/21, § 124 (intervention des États-Unis) et le *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue du 26 au 29 juin 2000*, IP/C/M/27, §177 (intervention de la Suisse).

concernant la disponibilité, la portée et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et en garantissant l'existence de moyens appropriés et efficaces d'assurer le respect de ces droits⁷⁹³. On a également soutenu que l'application du recours en situation de non-violation dans le cadre des ADPIC apporterait sécurité et prévisibilité et permettrait ainsi de ne pas décevoir les attentes légitimes des Membres par rapport à l'Accord sur les ADPIC⁷⁹⁴. Ils ont fait valoir qu'il est important de préserver le droit de formuler de telles plaintes à titre de garde-fou pour décourager les actes permettant à leurs auteurs de se soustraire à leurs obligations sans les violer directement, actes que les plaintes en situation de non-violation étaient censées prévenir d'entrée de jeu⁷⁹⁵. Ne pas autoriser les plaintes en situation de non-violation dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC inciterait finalement les Membres qui pouvaient être mécontents de certaines dispositions de l'accord et qui souhaitaient se soustraire à leurs obligations, sans directement les violer, à faire preuve d'imagination en matière de rédaction de lois et de règlements⁷⁹⁶.

En réponse à ces arguments, on a fait valoir que ce n'était pas parce que le recours en situation de non-violation a été appliqué dans le cadre du GATT et de l'AGCS qu'il était forcément pour l'Accord sur les ADPIC⁷⁹⁷, et que l'environnement des ADPIC était différent de celui du GATT et de l'AGCS⁷⁹⁸. On a en outre soutenu que le droit international n'avait pas évolué de manière à rendre les États ou les Membres punissables pour des actes ou des manquements dont ils n'étaient pas responsables par ailleurs. La notion de plaintes en situation de non-violation va donc loin en visant à rendre un Membre responsable de

⁷⁹³ Communication des États-Unis d'Amérique, *Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/194, 17 juillet 2000, pp.2-3.

⁷⁹⁴ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 21 et 22 avril 1999*, IP/C/M/23, §114 et le *Compte rendu de la réunion tenue les 24 et 25 octobre et le 17 novembre 2011*, IP/C/M/67, § 252 (intervention des États-Unis).

⁷⁹⁵ Communication des États-Unis d'Amérique, *Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*, 17 juillet 2000, document IP/C/W/194, p.4.

⁷⁹⁶ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 21 et 22 avril 1999*, IP/C/M/23, § 114 (intervention des États-Unis).

⁷⁹⁷ La Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, 30 octobre 2002, § 31.

⁷⁹⁸ Voir les observations des Membres formulées au cours des réunions du Conseil des ADPIC tenues au Centre William Rappard : *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue le 17 février 1999*, IP/C/M/22, § 144 (intervention de la Nouvelle-Zélande) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 18 et 19 février 2003*, IP/C/M/39, § 180 (intervention des Communautés européennes). On a également souligné que l'introduction des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC pourrait introduire une incohérence entre les différents Accords de l'OMC. Voir la Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385, §§ 18 à 19.

situations où il n'a contrevenu à aucun accord et même à le rendre responsable de situations qu'il ne maîtrise pas⁷⁹⁹. La crainte a été exprimée que l'application des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC affaiblirait la capacité de réglementation et porterait atteinte aux droits souverains car elle pourrait limiter la possibilité pour les Membres de prendre des mesures nouvelles, parfois essentielles, dans les domaines touchant aux questions sociales, du développement économique, de la santé, de l'environnement et de la culture, et affecter les politiques en vigueur dans ces domaines⁸⁰⁰. On a également fait valoir que l'application de la notion de plainte en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC pourrait bouleverser encore plus l'équilibre délicat des droits et obligations énoncés dans l'Accord sur les ADPIC en plaçant les droits privés au-dessus des intérêts de ceux qui utilisent la propriété intellectuelle (tant à l'intérieur d'un pays qu'entre les pays mêmes) et au-dessus d'autres considérations liées à la politique publique générale⁸⁰¹. Il a été avancé que cette introduction menacerait en outre de restreindre les flexibilités inhérentes à l'Accord sur les ADPIC⁸⁰² en créant des possibilités de pression unilatérale visant à décourager le recours à des licences obligatoires⁸⁰³. On a aussi fait valoir

⁷⁹⁹ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 21 et 22 avril 1999*, IP/C/M/23, §120 (intervention des Philippines).

⁸⁰⁰ La Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385, §§ 24 à 25, citant en note de bas de page le document : Proposition de Cuba, de l'Égypte, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Pakistan et de la République dominicaine, *Annulation ou réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, IP/C/W/141, 29 avril 1999, §4. Voir également la Communication du Canada, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, IP/C/W/127, 10 février 1999, pp. 2-3.

⁸⁰¹ Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, *op.cit.*, § 21.

⁸⁰² Voir les observations des Membres formulées au cours des réunions du Conseil des ADPIC tenues au Centre William Rappard : réunion tenue du 17 au 19 septembre 2002, IP/C/M/37/Add.1, § 268 (intervention du Pérou) ; réunion tenue les 24 et 25 octobre et le 17 novembre 2011, IP/C/M/67, § 259 (intervention de l'Afrique du Sud) ; réunion tenue les 28 et 29 février 2012, IP/C/M/69, § 97 (intervention du Cuba), § 105 (intervention de l'Inde). En effet, le cas échéant, la plainte sans violation pourrait être intentée contre les mesures internes d'un autre Membre dont il est allégué privant les avantages d'accès au marché que les ayants droit pouvaient raisonnablement s'attendre à la suite des négociations du Cycle d'Uruguay sur les ADPIC. Par exemple, le recours par les pays Membres à un contrôle des prix, en particulier dans le domaine des produits pharmaceutiques, pourraient être considérés comme portant atteinte aux attentes de marketing de la part des détenteurs de brevets étrangers. UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development, op.cit.*, pp. 673 et 681. Pour d'autres exemples hypothétiques de plaintes possibles en situation de non-violation, voir la note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.2, 19 octobre 2012, p.18.

⁸⁰³ OMC, Conseil des ADPIC, Note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.1, 24 novembre 2004 et Note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre*

que l'application des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC introduirait une « incertitude juridique » dans le système de l'OMC en général⁸⁰⁴ et pourrait aussi de ce fait avoir une incidence sur la prévisibilité et la sécurité du système commercial multilatéral⁸⁰⁵.

196. Quant aux plaintes « **motivées par une autre situation** », on a indiqué que ces plaintes avaient pour but de donner à un Membre la possibilité « *de demander une modification des engagements qu'il a pris si les mesures adoptées par d'autres créent des conditions dans lesquelles il ne peut plus respecter ces engagements* »⁸⁰⁶. On a fait valoir que du point de vue de la politique, les plaintes motivées par une autre situation soulevaient plusieurs questions identiques aux plaintes en situation de non-violation⁸⁰⁷. La capacité des Membres d'introduire des mesures nouvelles et peut-être vitales concernant les questions sociales, le développement économique, la santé, l'environnement et la culture ne devrait pas être interprétée comme niant les avantages définis de façon ambiguë aux termes de l'Accord

situation, IP/C/W/349/Rev.2, 19 octobre 2012, p. 6. Voir la Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385, § 27 et 28. Voir également les observations des Membres formulées au cours des réunions du Conseil des ADPIC tenues au Centre William Rappard : réunion tenue les 26 et 27 octobre 2010, IP/C/M/64, 17/02/2011, § 316 (intervention du Pérou) ; réunion tenue le 7 juin 2011, IP/C/M/66, § 112-113 (intervention de l'Inde) ; réunion tenue les 26 et 27 octobre et 17 novembre 2011, IP/C/M/67, § 260 (intervention du Brésil) ; réunion tenue les 28 et 29 février 2012, IP/C/M/69, § 102-103 (intervention du Brésil) ; réunion tenue le 5 juin 2012, IP/C/M/70, § 107 (intervention de l'Inde).

⁸⁰⁴ Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385, § 54. Voir les observations des Membres au cours des réunions du Conseil des ADPIC tenues au Centre William Rappard : réunion tenue le 17 au 19 septembre 2002, IP/C/M/37/Add.1, § 275 (Canada) ; § 276 (Hong Kong, Chine), § 278 (Brésil), § 280 (Argentine), § 281 (Malaisie), § 282 (Singapour), § 283 (Égypte) ; réunion tenue du 25 au 27 et le 29 novembre 2002, et le 20 décembre 2002, IP/C/M/38, § 271 (République slovaque) ; § 273 (Malaisie) ; réunion tenue les 18 et 19 février 2003, IP/C/M/39, § 175 (République tchèque) ; réunion tenue les 4 et 5 juin 2003, IP/C/M/40, § 152 (Thaïlande), § 154 (Canada), § 162 (Corée) ; réunion tenue les 1^{er} et 2 décembre 2004, IP/C/M/46, § 178 (Communautés européennes) ; réunion tenue les 28 et 29 février 2012, IP/C/M/69, § 97 (Cuba).

⁸⁰⁵ Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, document précité, § 54.

⁸⁰⁶ Document E/CONF.2/C.6/W.19, page 1, cité dans la note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.2, 19 octobre 2012, p.27, § 83.

⁸⁰⁷ Communication du Canada, *Examen complémentaire de l'annulation ou de la réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, IP/C/W/249, 29 mars 2001, p. 6 ; Communication de l'Argentine, de la Bolivie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, document précité, p.18, §55.

sur les ADPIC⁸⁰⁸. On a fait observer que l'AGCS ne permettait pas de formuler une plainte motivée par une autre situation⁸⁰⁹. On a fait aussi remarquer que pendant les 50 années d'existence du GATT, il n'y avait jamais eu de différend fondé sur une plainte motivée par une autre situation. On a également soutenu que si de telles plaintes seraient autorisées cela introduirait une grande incertitude dans l'Accord sur les ADPIC et le système commercial multilatéral en général⁸¹⁰.

197. En raison de ces divergences et d'un contexte général défavorable à l'avancement des négociations, les Membres de l'OMC n'ont pas pu se mettre d'accord sur le sujet de l'application des plaintes de type « en situation de non-violation » et « motivées par une autre situation » dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, ce qui explique, entre autres, pourquoi le moratoire initial appliqué pour le dépôt de ce type de plainte a été, depuis, plusieurs fois prorogé.

2. Un moratoire toujours en prorogation

198. Selon l'échéancier initialement établi par l'Accord sur les ADPIC, le Conseil des ADPIC devait faire des recommandations sur la portée et les modalités pour les plaintes des types visés aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre dudit accord avant la fin de l'année 1999. Cependant, comme exposé précédemment, la question est très controversée, et n'a donc pas fait l'objet de recommandations du Conseil des ADPIC.

199. Le 14 novembre 2001, à Doha, la Conférence ministérielle a traité la question dans sa Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre. Le Conseil des ADPIC a été chargé de poursuivre son examen de la portée et des modalités des plaintes prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 et de faire des recommandations à la cinquième session de la Conférence ministérielle de Cancun⁸¹¹. Dans

⁸⁰⁸ Communication du Canada, *Examen complémentaire de l'annulation ou de la réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, IP/C/W/249, document précité, p. 6.

⁸⁰⁹ Article XXIII de l'AGCS, mentionné dans le document JOB(01)/43, p.3, cité dans la Note récapitulative du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation*, Révision, IP/C/W/349/Rev. 2, 19 octobre 2012, p. 27, § 84.

⁸¹⁰ Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, document précité, p.18, § 55.

⁸¹¹ *Décision de Doha sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, WT/MIN(01)/17, 20 novembre 2001, paragraphe 11.1.

l'intervalle, les Membres avaient convenus de ne pas déposer de telles plaintes au titre de l'Accord sur les ADPIC⁸¹².

200. Lors d'une réunion informelle du Conseil des ADPIC, tenue le 23 mai 2003, le Président du Conseil des ADPIC a noté quatre options principales pour la recommandation à faire à la Conférence ministérielle de Cancun⁸¹³:

- 1) déterminer que le recours en situation de non violation n'est pas applicable à l'Accord sur les ADPIC⁸¹⁴ ;
- 2) autoriser le recours aux plaintes en situation de non-violation et les plaintes motivées par une autre situation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, sans les soumettre, en ce qui concerne leur portée et leurs modalités, à des conditions particulières qui seraient supérieures à celles que prévoyait déjà le Mémorandum d'accord ;
- 3) appliquer le recours aux plaintes en situation de non-violation et motivées par une autre situation au titre de l'Accord sur les ADPIC sous réserve de certaines orientations supplémentaires spécifiques quant à leur portée et leurs modalités ;
- 4) proroger le moratoire de sorte à donner au Conseil plus de temps pour étudier la portée et les modalités des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC.

201. Ces options ont été depuis examinées dans le cadre de consultations formelles et informelles au sein du Conseil des ADPIC. De ces rencontres, il se dégagait nettement de la plupart des délégations intervenantes un consensus croissant concernant la première option⁸¹⁵, et que seulement deux délégations (les États-Unis et la Suisse) l'avaient

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion formelle du Conseil des ADPIC des 4 et 5 juin 2003*, document IP/C/M/40, §§ 143 et 144.

⁸¹⁴ C'est une option extrême qui consisterait à suivre la proposition faite par l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, *op.cit.*, § 56.

⁸¹⁵ *Ibid.* Voir *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue du 17 au 19 septembre 2002*, document IP/C/M/37/Add.1, §280 (intervention de la Argentine) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue du 25 au 27 et le 29 novembre 2002, et le 20 décembre 2002*, IP/C/M/38, §276 (intervention de la Nouvelle-Zélande), §277 (intervention de la Hongrie) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 18 et 19 février 2003*, IP/C/M/39, §176 (République tchèque), §184 (intervention de la Chine), §187 (intervention de la Nigéria). *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 4 et 5 juin 2003*, IP/C/M/40, §152 (intervention de la Thaïlande), §153 (intervention du Chili), §157 (intervention de l'Australie), §159 (intervention de la Norvège), §162 (intervention de la Corée), §169 (intervention du Japon), §174 (intervention des Communautés européennes) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 1er et 2 décembre 2004*, IP/C/M/46, §173 (intervention du Canada), §185 (intervention de l'Égypte) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 14 et 15 juin 2005*, IP/C/M/48, §183 (intervention de la Bolivie) ; *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 25, 26 et 28 octobre, le 29 novembre et le 6 décembre 2005*, IP/C/M/49, §226 (intervention de l'Argentine), §236 (intervention de l'Équateur).

expressément rejetée⁸¹⁶. D'autres délégations avaient simplement déclaré qu'elles ne s'opposeraient pas à la première option mais qu'étant donné qu'il n'y avait pas de consensus, elles préconisaient, pour sortir de cette impasse, de recommander, par exemple, au Conseil de poursuivre l'étude de la portée et des modalités des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation (4^{ème} option)⁸¹⁷.

202. Depuis, en l'absence de consensus sur la recommandation du Conseil des ADPIC, le moratoire a été prorogé plusieurs fois. Les Membres l'ont ainsi prorogé à la Conférence ministérielle de Hong Kong en 2005⁸¹⁸, ensuite à la Conférence ministérielle de Genève 2011⁸¹⁹, puis à la Conférence ministérielle de Bali en 2013⁸²⁰ et, tout récemment, à la Conférence ministérielle de Nairobi en 2015. À cette dernière conférence, il a été décidé ce qui suit : « *Nous prenons note des travaux effectués par le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce conformément à notre décision du 7 décembre 2013 concernant les "Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC" [...], et lui prescrivons de poursuivre son examen de la portée et des modalités pour les plaintes des types de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 et de faire des recommandations à notre prochaine session, que nous avons décidé de tenir en 2017. Il est convenu que, dans l'intervalle, les Membres ne déposeront pas de telles plaintes au titre de l'Accord sur les ADPIC* »⁸²¹.

⁸¹⁶ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 4 et 5 juin 2003*, IP/C/M/40, §§ 167 et 168 (intervention de la Suisse), §§ 170 à 173 (intervention des États-Unis). En effet, pour les États-Unis, la première des quatre options examinées était totalement inacceptable et contraire aux règles de l'OMC (§§ 170 à 172). Ils ne pensaient pas également que la troisième ou la quatrième option soient possibles. Selon eux, le Conseil des ADPIC avait déjà eu suffisamment de temps, plus de huit ans en fait, pour étudier la portée et les modalités des plaintes liées à une annulation ou une réduction d'avantages en situation de non-violation. Dans ce contexte, ils estimaient que la seule option raisonnable était la deuxième option proposée par le Président, c'est-à-dire que le Conseil des ADPIC recommande à la cinquième session de la Conférence ministérielle de Cancún l'expiration immédiate du moratoire concernant les plaintes liées à une annulation ou une réduction d'avantages en situation de non-violation (§ 173).

⁸¹⁷ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, tenue les 4 et 5 juin 2003*, IP/C/M/40, § 155 (intervention du Canada), § 157 (intervention de l'Australie), § 162 (intervention de la Corée) ; § 163 (intervention de la Nouvelle-Zélande), § 168 (intervention de la Suisse), § 169 (intervention du Japon).

⁸¹⁸ Conférence Ministérielle Sixième session Hong Kong, 13 - 18 décembre 2005, Déclaration ministérielle, Adoptée le 18 décembre 2005, WT/MIN(05)/DEC, 22 décembre 2005, § 45.

⁸¹⁹ Décision de la Conférence ministérielle sur les *Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC* du 17 décembre 2011, WT/L/842, 19 décembre 2011.

⁸²⁰ Décision ministérielle du 7 décembre 2013, Conférence ministérielle-Neuvième session, Bali, 3-6 décembre 2013, « *Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC* », WT/MIN(13)/31, WT/L/906.

⁸²¹ Décision ministérielle du 19 décembre 2015, Conférence ministérielle- Dixième session Nairobi, 15-18 décembre 2015, « *Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC* », WT/MIN(15)/41, WT/L/976.

203. La date d'expiration du moratoire actuel de non recevabilité des plaintes « en situation de non-violation » et « motivées par une autre situation » est ainsi renvoyée à la prochaine Conférence ministérielle qui se tiendra à Buenos Aires du 11 au 14 décembre 2017. En tout état de cause, quelle que soit la décision des ministres à la prochaine session (l'autorisation de l'application de telles plaintes ou prorogation du moratoire), elle devrait être prise que par « consensus »⁸²².

204. Supposons que ce moratoire expire sans que le Conseil des ADPIC n'ait formulé de recommandation à ce sujet, tout Membre de l'OMC pourrait-il porter devant l'ORD, par exemple, une plainte en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC ?

À vrai dire, la question s'est déjà posée à l'expiration du premier moratoire de cinq ans prévu à l'article 64:2 de l'Accord sur les ADPIC⁸²³. Concrètement, le moratoire a expiré le 1^{er} janvier 2000 sans que le Conseil des ADPIC n'ait formulé de recommandation au Conseil ministériel sur ce point. La situation a donné lieu à des opinions divergentes au fait de savoir si de telles plaintes pouvaient être présentées automatiquement après l'expiration du moratoire de cinq ans ou uniquement après examen du Conseil des ADPIC⁸²⁴. Les États-Unis ont été les seuls à faire valoir que les dispositions sur les situations de non violation étaient en vigueur après l'expiration du délai de cinq ans⁸²⁵. Dans une communication conjointe de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, ces pays ont fait valoir que l'application de plaintes en situation de non-violation ne peut s'appliquer à l'Accord sur les ADPIC que conformément à la procédure établie au paragraphe 3 de l'article 64, c'est-à-dire, avec un consensus de l'ensemble des Membres⁸²⁶.

Par ailleurs, des vues divergentes ont aussi été exprimées au sujet de la prescription relative à la présentation d'une recommandation du Conseil des ADPIC à la Conférence ministérielle. On a fait valoir qu'une recommandation serait nécessaire uniquement si le

⁸²² L'article 64:3 du Mémorandum d'accord.

⁸²³ Allant de 1995 au 1999.

⁸²⁴ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 67.

⁸²⁵ Selon les États-Unis, « à l'expiration, le règlement des différends en situation de non-violation pouvait être amorcé et, en l'absence de lignes directrices des ministres, les groupes spéciaux de règlement des différends eux-mêmes auraient à interpréter les dispositions dans le contexte particulier de chaque affaire » (*Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard les 7 et 8 juillet 1999*, IP/C/M/24, §107). Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 143 et 485.

⁸²⁶ Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, IP/C/W/385, document précité, 30 octobre 2002, §§ 10-12.

Conseil formulait des recommandations contenant des suggestions spécifiques quant à la portée et aux modalités de ces plaintes, et qu'aucune recommandation ne serait nécessaire si le Conseil souhaitait que le moratoire expire, après quoi les plaintes en situation de non-violation pourraient être appliquées à l'Accord sur les ADPIC⁸²⁷. À l'opposé, certains ont fait valoir que l'approbation par la Conférence ministérielle des recommandations du Conseil des ADPIC sur l'objet et les modalités des plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation formulées au titre de l'Accord sur les ADPIC était une condition préalable à l'application des alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 dans le contexte des ADPIC⁸²⁸. Certains ont pensé que si aucun consensus ne se dégagait sur la portée et les modalités, ce type de plainte ne serait pas applicable, c'est-à-dire que le moratoire était prolongé de fait⁸²⁹. On a aussi fait valoir que le Conseil des ADPIC devrait éviter toute situation dans laquelle la portée et les modalités des plaintes en situation de non-violation seraient déterminées au cas par cas au cours des différentes procédures de règlement des différends, ce qui entraînerait une perte de prévisibilité et de clarté⁸³⁰. Certains Membres se sont appuyé sur ce qu'avait indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50) en ce que « *la faculté de formuler des plaintes « en situation de non-violation » pour des différends relevant de l'Accord sur les ADPIC est une question qui doit encore être examinée par le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce[...] conformément à l'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC. Ce n'est pas une question qui doit être réglée par le biais d'une interprétation donnée par des groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel* »⁸³¹. Le représentant de la Hongrie a déclaré lors de la

⁸²⁷ Note récapitulative du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et plaintes motivées par une autre situation*, Révision, document IP/C/W/349/Rev. 2, 19 octobre 2012, p. 26, § 80. Voir OMC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue les 8 et 9 juin 2009*, document IP/C/M/60, § 57.

⁸²⁸ En d'autres termes, sans égard à l'expiration de la période de cinq ans prévue à l'article 64:2, les plaintes en situation de non-violation demeureraient irrecevables dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC jusqu'à ce qu'une décision soit prise par consensus à la Conférence ministérielle sur l'approbation des recommandations du Conseil des ADPIC concernant l'objet et les modalités de ce type de plainte. Voir le *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard les 7 et 8 juillet 1999*, IP/C/M/24, §105, p.33 (intervention de la Hongrie).

⁸²⁹ OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard du 26 au 29 juin 2000*, IP/C/M/27, §182 (intervention des Philippines).

⁸³⁰ Communication de l'Australie, *Plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC): document de travail*, IP/C/W/212, 27 septembre 2000, p. 1. Des observations similaires ont été formulées au cours des réunions du Conseil des ADPIC, voir *Compte rendu de la réunion tenue du 26 au 29 juin 2000*, IP/C/M/27, § 159 (Communautés européennes), §164 (intervention de l'Australie), §167 (intervention du Chili), §168 (intervention du Japon), § 170 (intervention de l'Afrique du Sud), § 182 (intervention des Philippines) ; *Compte rendu de la réunion tenue du 18 au 22 juin 2001*, IP/C/M/32, § 160 (intervention de l'Inde).

⁸³¹ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Rapport de l'Organe d'appel Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 42. Voir le *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre*

réunion du Conseil des ADPIC que « *tout en reconnaissant que ce commentaire avait été formulé pendant la période de cinq ans prévue par l'article 64:2, sa délégation estimait que le rapport de l'Organe d'appel fournissait deux indices importants concernant l'intention qui sous-tendait l'article 64:3. Premièrement, il s'agissait de savoir si les plaintes en situation de non-violation devraient être applicables ou non aux différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC; c'était une question et non un fait établi. Deuxièmement, la question de la portée et des modalités devrait, si elle se posait, être réglée par des discussions directes entre tous les Membres et non pas par l'interprétation des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel* »⁸³².

Cela étant, dans le cadre d'un tel scénario, les observations susmentionnées de l'Organe d'appel sont à cet égard importantes même si elles étaient formulées pendant la période de cinq ans prévue à l'article 64 :2 de l'Accord sur les APDIC. En effet, son insistance pour que l'application de plaintes en situation de non-violation soit décidée par les Membres soutient le point de vue selon lequel l'application de telles plaintes ne doit pas être admise automatiquement dans le cas où le moratoire de règlement des différends ne serait pas prorogé par consensus⁸³³.

William Rappard du 27 au 30 novembre et le 6 décembre 2000, IP/C/M/29, § 222 (intervention de la Hongrie) ; le Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard du 2 au 5 avril 2001, IP/C/M/30, § 209 (intervention de l'Inde).

⁸³² OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard du 27 au 30 novembre et le 6 décembre 2000, IP/C/M/29, § 222.* À cet égard, l'Inde avait indiqué à la réunion du Conseil des ADPIC que « *tout comme la Hongrie, l'Inde reconnaissait que cette observation avait été formulée pendant le moratoire de cinq ans prévu à l'article 64:2. Il devrait néanmoins être tenu compte du fait que l'Organe d'appel ne faisait délibérément pas référence à l'article 64:2, mais, en revanche, aux obligations incombant aux Membres en vertu de l'article 64:3. Selon sa délégation, cela signifiait que l'Organe d'appel considérait les travaux effectués par le Conseil des ADPIC au titre de l'article 64:3 comme un exercice devant être mené sans préjuger de la question de savoir si les plaintes en situation de non-violation s'appliquaient ou non à l'Accord sur les ADPIC* » (OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard du 2 au 5 avril 2001, IP/C/M/30, § 209).*

⁸³³ Voir UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development, op.cit.*, p. 674 ; H. Reichman, "Securing Compliance with the TRIPS Agreement after US v India", *Journal of International Economic Law*, 1998, vol.4, pp. 597-598.

Conclusion du Titre 1

205. De l'analyse qui vient d'être menée, trois observations peuvent être avancées aux sujets de l'application des règles et procédures de règlement dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.

En premier lieu, toute action au titre de l'Accord sur les ADPIC, comme d'ailleurs pour tous les autres Accords de l'OMC, en vertu du Mémorandum d'accord doit être menée uniquement par les États et territoires douaniers distincts ayant le statut de Membres de l'OMC, à l'exclusion donc des ressortissants des Membres qui sont pourtant les destinataires de l'Accord sur les ADPIC et principaux intéressés de la protection des droits de propriété intellectuelle. En effet, cette particularité ne joue, à l'évidence, aucun rôle sur les règles de saisine du système de règlement des différends lorsque les droits de ces ressortissants se trouveraient lésés par l'action des Membres de l'OMC non conforme à l'Accord sur les ADPIC. Ils ne peuvent, en effet, en aucun cas faire valoir eux-mêmes leurs droits privés directement devant l'ORD.

En deuxième lieu, tout différend relatif à la propriété intellectuelle ne donne, cependant, pas systématiquement le droit d'action au titre du Mémorandum d'accord. En effet, seule l'incompatibilité avec des obligations qui figurent dans l'Accord sur les ADPIC, qui englobe bien entendu les obligations de fond découlant des Conventions de Paris, de Berne ou encore de Washington auxquelles l'accord renvoie, peut donner naissance à un différend au sens du Mémorandum d'accord.

Enfin, les motifs d'actions possibles dans le cadre de l'OMC ne peuvent être tous utilisés dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. En effet, le dépôt de plainte auprès de l'ORD au regard de l'Accord sur les ADPIC doit répondre à ce jour uniquement à « une situation de violation ». L'applicabilité des deux autres types de plaintes, à savoir les plaintes en situation de non-violation et motivées par une autre situation, n'est toujours pas autorisée dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.

206. Après avoir examiné les différends relatifs aux ADPIC auxquels les règles et procédures du Mémorandum d'accord s'appliquent, il convient d'analyser à présent le déroulement du processus de règlement des différends y afférent.

TITRE 2 - LE DÉROULEMENT DU PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC

207. L'Accord sur les ADPIC a reconnu dans son article 64:1 que le règlement des différends découlant de son cadre s'opère selon les règles et procédures contenues dans le Mémoire d'accord⁸³⁴. Ce dernier prévoit une procédure générale de règlement des différends⁸³⁵ qui se compose de deux phases, à savoir une première « phase de négociations » (Chapitre 1), à laquelle succède, en cas d'échec, « une phase contentieuse »⁸³⁶ (Chapitre 2). Il serait alors intéressant d'examiner le déroulement de ces deux phases dans le cadre des différends relatifs au respect des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC⁸³⁷. L'objectif n'étant pas, toutefois, de faire un examen exhaustif du processus de règlement des différends de l'OMC, celui-ci faisant déjà l'objet d'une abondante contribution doctrinale, mais plutôt d'essayer d'examiner les aspects fondamentaux de ce processus, notamment son organisation et son fonctionnement, dans le cadre spécifique de l'Accord sur les ADPIC.

⁸³⁴ Il importe de faire remarquer qu'en dehors de cette disposition, l'Accord sur les ADPIC ne contient aucune règle spéciale ou additionnelle quant au règlement des différends comme c'est le cas de certains accords visés mentionnés dans l'Appendice 2 du Mémoire d'accord tels que l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Accord général sur le commerce des services et l'Accord sur les textiles et vêtements. En ce sens, voir T. Kongolo, "The WTO Dispute Settlement Mechanism. TRIPS Rulings and the Developing Countries", *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol.4, p. 257 ; X. Yi-Chong, "Last chance? Multilateralism, TRIPS and developing Countries", in J. Malbon and Ch. Lawson (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, pp. 54-55. Sur les règles spéciales ou additionnelles, voir *supra*, §37.

⁸³⁵ Voir l'organigramme du processus de règlement des différends avec ses différentes étapes à l'annexe III.

⁸³⁶ L'expression « contentieux » sert à exprimer les changements qui sont intervenus dans la procédure de règlement des différends orchestrée par le Mémoire d'accord par rapport à ce qui s'est passé dans le cadre du GATT de 1974. Cette expression est d'ailleurs souvent utilisée par les spécialistes du droit de l'OMC. Voir, par exemple, P. Nicora, « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir? », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 238 ; O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du droit international (Clunet)*, Avril-Mai-Juin 2008, n°2, doctrine 5, p. 443, §4.

⁸³⁷ Comme nous avons expliqué plus haut, seules les plaintes pour violation peuvent être portées au titre de l'Accord sur les ADPIC, notre examen sera donc consacré uniquement à la procédure de traitement ce type de plainte.

Chapitre 1- La phase de négociations

208. Le règlement d'un différend au sein de l'OMC doit nécessairement commencer par une négociation. La première étape est celle des consultations bilatérales. En effet, dans le cas où un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement d'un accord visé a été annulé ou compromis suite à une mesure prise par un autre Membre, ce premier pourra faire une « demande d'ouverture des consultations »⁸³⁸ avec le deuxième Membre. L'objectif est d'offrir un cadre dans lequel les parties peuvent arriver à une solution mutuellement acceptable à leur différend (Section 1). Poursuivant le même objectif, les bons offices, la conciliation ou la médiation, sont aussi mis à disposition des parties, si elles en conviennent d'y recourir (Section 2).

Section 1 : Les consultations bilatérales : première étape de règlement des différends au sein de l'OMC

209. Dans le cadre de l'OMC, le règlement des différends commence obligatoirement par une première étape de consultations bilatérales dans laquelle les parties prenantes essaient de trouver une solution amiable à leur différend. C'est une étape indispensable dans le système de règlement des différends (§1). Cependant, la nature essentiellement diplomatique de cette étape⁸³⁹ n'exclut nullement un encadrement par le Mémorandum d'accord (§2).

§1. Une étape essentielle

210. Régie par l'article 4, cette première étape de consultations occupe une place importante dans le système de règlement des différends de l'OMC. Elles servent en effet non seulement à offrir un cadre propice dans lequel les parties pourraient arriver à un règlement amiable à leur différend (A), mais aussi, en cas d'échec de ce règlement, à déclencher les autres moyens de règlements des différends existants à l'OMC (B).

⁸³⁸ C'est-à-dire, « la plainte ».

⁸³⁹ T. Onate. Acosta et H. M. Medina Casas, « L'articulation des modes de règlement des différends entre l'OMC et l'ALENA », *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*, 2005, juillet-décembre, n°2006, p. 21, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.redalyc.org/pdf/824/82400601.pdf> (consulté le 16 janvier 2016) ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p. 105, § 262.

A. Un cadre propice pour parvenir à un règlement amiable des différends

211. Tout Membre de l'OMC qui considère *qu'un avantage résultant directement ou indirectement de l'Accord sur les ADPIC se trouve annulé ou compromis par un autre Membre*, doit faire une demande d'ouverture de consultations avec le Membre concerné⁸⁴⁰. Ces consultations ne doivent pas être considérées comme des actes contentieux⁸⁴¹. L'objectif de cette étape est de favoriser par voie diplomatique la résolution du différend à l'amiable⁸⁴². Un objectif qui s'accorde parfaitement avec l'objectif principal du système de règlement des différends de l'OMC, à savoir l'arrivée à une solution positive des différends⁸⁴³.

212. De manière générale, les consultations bilatérales sont en effet destinées à offrir un cadre dans lequel les parties devraient essayer de négocier une solution mutuellement convenue⁸⁴⁴. L'Organe d'appel ne manqua pas d'ailleurs de relever les avantages de cette étape à l'occasion de l'affaire *Mexique — Sirop de maïs*. Selon ses termes « *à la faveur des consultations, les parties échangent des renseignements, évaluent les points forts et les points faibles de leurs thèses respectives, réduisent la portée des divergences qui les séparent et, bien souvent, trouvent une solution mutuellement acceptable, suivant la préférence exprimée explicitement à l'article 3:7 du Mémoire d'accord* »⁸⁴⁵.

⁸⁴⁰ Cette demande de consultations sera déposée conformément aux articles : XXII:1 et XXIII: 1 du GATT 1994, 4 du Mémoire d'accord et 64:1 de l'Accord sur les ADPIC. Voir P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *op.cit.*, p. 40.

⁸⁴¹ L'article 3:10 du Mémoire d'accord. Voir P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *op.cit.*, p. 41.

⁸⁴² D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, p. 791.

⁸⁴³ La préférence accordée à une solution amiable est clairement affichée dans l'article 3:7 du Mémoire d'Accord. L'article dispose en effet que « *une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable* ».

⁸⁴⁴ L'article 4:5 du Mémoire d'accord. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8 : Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, en ligne: https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c8s1p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁸⁴⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis. Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (titre abrégé, *Mexique — sirop de maïs*), WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 54. Dans son rapport sur l'affaire *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, le Groupe spécial a indiqué qu'« *à notre avis, le rôle même des consultations est de permettre aux parties de réunir des renseignements corrects et pertinents pour les aider à arriver à une solution mutuellement convenue ou, sinon, les aider à présenter des renseignements exacts au groupe spécial* » (rapport du Groupe spécial, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/R, WT/DS84/R, distribué le 17 septembre 1998, par. 10.23). Dans une autre affaire, le Groupe spécial a noté que « *les consultations sont une partie cruciale et intégrale du Mémoire d'accord et ont pour objet de faciliter un règlement mutuellement satisfaisant du différend, conformément à l'article 3:7 du Mémoire d'accord* » (rapport du Groupe spécial, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, distribué le 31 mai 1999, par. 9.24).

213. Cette place importante accordée aux consultations est affirmée par le fait que plusieurs plaintes relatives aux ADPIC ont trouvé une issue favorable lors de cette phase. C'est le cas des affaires mentionnées dans le tableau n°4 ci-dessous⁸⁴⁶.

Tableau n°4 : Les différends relatifs aux ADPIC ayant trouvé une solution mutuellement satisfaisante dans la phase de consultations⁸⁴⁷

Défendeur, titre de la mesure en cause et numéro de l'affaire⁸⁴⁸	Plaignant	Date de l'ouverture des consultations	Date de la notification de la solution mutuellement convenue
<i>Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores (WT/DS 28)</i>	États-Unis	9 février 1996	24 janvier 1997
<i>Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37)</i>	États-Unis	30 avril 1996	3 octobre 1996
<i>Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores (WT/DS42)</i>	Communautés européennes	24 mai 1996	7 novembre 1997
<i>Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83)</i>	États-Unis	14 mai 1997	7 juin 2001
<i>Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86)</i>	États-Unis	28 mai 1997	2 décembre 1998
<i>Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124)</i>	États-Unis	30 avril 1998	20 mars 2001
<i>Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125)</i>	États-Unis	4 mai 1998	20 mars 2001
<i>Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS171)</i>	États-Unis	6 mai 1999	31 mai 2002
<i>Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais (WT/DS196)</i>	États-Unis	30 mai 2000	31 mai 2002

Source : OMC

⁸⁴⁶ Nous reviendrons plus en détails sur ces affaires dans la deuxième partie, titre I, chapitre I.

⁸⁴⁷ Période allant du 1^{er} janvier 1995 au 1^{er} janvier 2016.

⁸⁴⁸ Ces affaires apparaissent dans l'ordre chronologique des demandes de consultations.

Le nombre d'affaires réglées au stade des consultations s'élève à neuf, ce qui est assez considérable lorsque l'on sait que le nombre de plaintes soumis à l'ORD est seulement de 34. Cela prouve que les consultations ont été bénéfiques et ont effectivement servi à régler rapidement 26% des litiges à l'amiable⁸⁴⁹. Il est important de rappeler à ce propos que tous, les parties mais aussi le système, ont à gagner dans une résolution, à la fois précoce et amiable, des différends⁸⁵⁰. Il s'agit là en effet d'une caractéristique propre aux organisations internationales à caractère économique. Comme le souligne le Professeur Georges Malinverni, « *l'objectif assigné aux procédures de règlement des différends dans les organisations internationales économiques est (...) avant tout d'ajuster les divergences entre États, de trouver un arrangement équitable, plutôt que d'appliquer le droit dans toute sa rigueur* »⁸⁵¹.

214. Ceci étant, et même si aucune solution mutuellement acceptable n'est trouvée, il n'en reste pas moins que les consultations sont obligatoires pour déclencher les autres moyens de règlement des différends de l'OMC.

B. Une condition obligatoire pour déclencher les autres moyens de règlement des différends de l'OMC

215. Les consultations ne sont pas seulement un moyen diplomatique à travers lequel les parties essaient de trouver une solution amiable à leur différend⁸⁵², elles constituent aussi un préalable « obligatoire » pour déclencher le processus juridictionnel qui fait intervenir le Groupe spécial⁸⁵³, ou celui qui fait appel à l'arbitrage au titre de l'article 25 du

⁸⁴⁹ Cela montre que le Mémorandum d'accord a bien rempli sa fonction qui est de permettre aux Membres, de régler rapidement leurs différends. Il est, d'ailleurs, vrai à ce propos que « *les solutions les plus satisfaisantes sont trouvées immédiatement ou jamais* » (H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 733).

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 733.

⁸⁵¹ G. Malinverni, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Genève, Leiden, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1974, p. 106.

⁸⁵² T. Onate Acosta et H. M. Medina Casas, « L'articulation des modes de règlement des différends entre l'OMC et l'ALENA », *op.cit.*, p. 21.

⁸⁵³ L'Organe d'appel a déclaré dans une affaire que « (...) *les consultations sont une condition préalable à une procédure du Groupe spécial* » (rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis. Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 54).

Mémorandum d'accord⁸⁵⁴. Elles s'inscriraient donc, en restant toujours dans la sphère diplomatique, dans la logique du caractère « *pré-contentieux* » ou « *pré-juridictionnel* »⁸⁵⁵.

216. Il en est de même des autres mécanismes diplomatiques tels que les bons offices, la conciliation ou la médiation, qui seront analysés ultérieurement. Cette panoplie de moyens diplomatiques qu'offre le Mémorandum d'accord ne peut être demandée qu'après qu'une demande de consultation ait été officiellement présentée⁸⁵⁶.

217. Les consultations jouent ainsi un rôle très important dans la résolution du différend, qu'elles aboutissent ou non. À cet égard, il est important de noter que les échanges informels sur la question du litige entre des fonctionnaires en poste dans les capitales ou entre les délégations à Genève des Membres concernés, ne sont pas considérés comme étant des consultations entreprises en vertu de l'article 4 du Mémorandum d'accord. Ces consultations préalables, malgré leur importance, ne confèrent en effet, en cas d'échec, aucune possibilité au plaignant d'utiliser les autres voies existantes de règlement des différends ci-mentionnées⁸⁵⁷.

218. En tout état de cause, la nature diplomatique des consultations, n'empêche pas qu'elle soit encadrée.

⁸⁵⁴ Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8 : Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, en ligne : https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c8s1p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). En effet, comme expliqué précédemment, les parties à un différend peuvent recourir à l'arbitrage à la place du processus juridictionnel faisant intervenir un Groupe spécial et l'Organe d'appel (article 25 du Mémorandum d'accord). Elles sont, en effet, libres de s'écarter des procédures normales du Mémorandum d'accord et de convenir des règles et procédures qu'elles jugent appropriées pour l'arbitrage, y compris le choix des arbitres. Elles doivent aussi définir clairement les questions faisant l'objet du différend. Les autres Membres ne pourront devenir partie à un arbitrage qu'avec l'accord des parties qui ont engagé la procédure. Les parties à l'arbitrage doivent convenir de se conformer à la décision arbitrale, laquelle, une fois rendue, sera notifiée à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents chargés de la surveillance du ou des accords en question (article 25:2 et 25:3 du Mémorandum d'accord). Les dispositions des articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord relatives aux mesures correctives et à la surveillance de la mise en œuvre d'une décision s'appliquent à la décision arbitrale (article 25:4 du Mémorandum d'accord). Pour plus de détails sur la procédure d'arbitrage, voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 2009, tome 52, pp. 102-119 ; L. Boisson De Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, p.978-984 ; S. Salama, « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, juin 2003, n°5, pp. 542 -546.

⁸⁵⁵ N. Angelet, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Paris, Pedone, 2005, pp. 214 et 217.

⁸⁵⁶ OMC, Communication du Directeur général, *Article 5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DSB/25, 17 juillet 2001, p. 4. Ces procédures seront traitées dans la deuxième section de ce premier chapitre.

⁸⁵⁷ En ce sens, OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s2p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

§2. Une étape encadrée

219. Le Mémoire d'accord a soigneusement pris soin d'encadrer la procédure des consultations aussi bien au niveau des principes et formalités relatives à la demande d'ouverture de consultations (A) qu'au niveau des délais (B).

A. Les formalités et les principes à respecter lors des consultations

220. Dans le cadre de l'OMC, le processus de consultations obéit à des formalités très exigeantes. Les dispositions de l'article 4 du Mémoire d'accord relatives aux consultations s'appliquent à toutes les consultations bilatérales, y compris celles engagées avec l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, chaque Membre qui veut adresser des représentations à un autre Membre, au sujet de mesures affectant le fonctionnement de l'Accord sur les ADPIC prises sur son territoire, doit déposer une demande d'ouverture de consultations avec le Membre concerné⁸⁵⁸. Le Mémoire d'accord impose que cette demande soit faite par écrit et motivée. Cela consiste notamment à indiquer les mesures en cause et le fondement juridique de la plainte⁸⁵⁹. Cependant, avant d'engager des consultations, un Membre est tenu, en vertu de l'article 3:7 du Mémoire d'accord, de juger si une action dans le cadre du système de règlement des différends serait utile. L'Organe d'appel a déclaré, à cet égard, qu'il s'agit d'« *un principe fondamental voulant que les Membres devraient avoir recours au règlement des différends de l'OMC de bonne foi et ne pas mettre en branle de manière abusive les procédures envisagées dans le Mémoire d'accord* »⁸⁶⁰.

221. Par ailleurs, il est louable de constater que pour introduire une demande de consultations il n'est nulle part exigé dans le texte de l'OMC y compris dans le Mémoire

⁸⁵⁸ Voir l'article 4:2 du Mémoire d'accord. Notons, à cet égard, que la procédure de consultations ne peut être mise en œuvre que sur la demande d'un Membre de l'OMC. Les non Membres et notamment l'Organisation elle-même n'a pas le pouvoir de se saisir d'office d'un comportement incompatible avec les règles de l'OMC. En ce sens, D. Pantz, *Institutions politiques commerciales internationales. Du GATT à l'OMC*, *op.cit.*, p. 104.

⁸⁵⁹ L'article 4:4 du Mémoire d'accord.

⁸⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 73. Il n'en demeure pas moins que la décision de recourir à la procédure de règlement des différends de l'OMC reste souveraine, comme l'a fait remarquer le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre* : « l'article 3:7 du Mémoire d'accord ni n'oblige ni n'autorise un groupe spécial à s'interroger sur cette décision du Membre ou à remettre en question son jugement (à moins qu'il n'y ait des éléments de preuve de sa mauvaise foi) » (rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre, plainte du Brésil*, WT/DS 266/R, distribué le 15 octobre 2004, par. 7.69).

d'accord, de démontrer un quelconque intérêt juridique ou économique spécifique⁸⁶¹. C'est en effet la spécificité de l'OMC, par rapport aux juridictions internationales, et plus particulièrement la Cour internationale de justice, dans lesquelles l'intérêt pour agir en est une condition première de la recevabilité de la demande en justice⁸⁶². Selon certains, cette différence s'explique par les objectifs même du système de règlement des différends de l'OMC qui en effet ne visent pas prioritairement à rétablir un droit, mais à restaurer l'équilibre des avantages mutuellement négociés⁸⁶³. Quoi qu'il en soit, comme l'écrit le professeur Charles-Emmanuel Côté, « *les Membres de l'OMC ont toujours un intérêt juridique suffisant pour agir en leur nom propre et porter une plainte suivant le système de règlement des différends de l'Organisation* »⁸⁶⁴. Il est quasiment certain qu'un Membre risque peu de vouloir agir dans un différend qui ne revêt pas d'intérêt pour lui, y compris dans les cas d'endossement d'une plainte provenant du secteur privé⁸⁶⁵.

222. En outre, si le Membre décide de demander l'ouverture de consultations avec un autre Membre, cette demande doit être aussi notifiée à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents⁸⁶⁶. Par cette notification, tous les Membres de l'OMC et le public en général sont

⁸⁶¹ Ceci est confirmé par les organes de règlement des différends de l'OMC. Dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes III*, l'Organe d'appel a indiqué que la nécessité d'avoir un intérêt juridique ne ressortait pas implicitement du Mémoire d'accord ni d'une quelconque autre disposition de l'Accord sur l'OMC (rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (titre abrégé, *Communautés européennes – Bananes III*), WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, par. 132). Aussi, dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, le Groupe spécial a très clairement indiqué qu'il n'y a « *dans le Mémoire d'accord aucune prescription exigeant qu'il y ait un "intérêt économique"* » pour pouvoir déclencher une procédure de règlement des différends (rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/R, distribué le 21 juin 1999, par. 7.13). La même conclusion a été rappelée par le Groupe spécial dans son rapport *Communautés européennes – Subvention à l'exportation de sucre*, en ce que « *l'engagement des procédures de règlement des différends de l'OMC n'exigeait pas la démonstration d'un quelconque intérêt juridique ou économique spécifique* » (rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre, plainte du Brésil*, WT/DS266/R, par. 7.66).

⁸⁶² Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, 2008, p. 34. Concernant les autres juridictions internationales et plus particulièrement la Cour internationale de Justice, voir K. Mbaye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1988-II, vol.209, p. 263 ; J.-P. Quéneudec, « La notion d'Etat intéressé en droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1995, vol. 255, pp. 415-428.

⁸⁶³ J. Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, n° 18.2, 2005, p. 10, disponible en ligne : <http://rs.sqdi.org/volumes/18.2 - burda.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

⁸⁶⁴ Ch.-E.Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op.cit.*, p. 385.

⁸⁶⁵ Sur la demande d'endossement de la plainte privée, voir *supra*, §91 et s.

⁸⁶⁶ L'article 4:4 du Mémoire d'accord. C'est pourquoi, il est estimé que c'est la demande de consultations et sa notification à l'ORD qui donnent une existence matérielle et officielle au différend. Avant ce moment, on ne peut pas dire encore qu'un différend au sens du Mémoire d'accord existe encore. En revanche, une fois la demande de consultations notifiée à l'ORD, on peut affirmer que le différend est bel est bien né. Voir Burda, J. « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *op.cit.*, p. 14.

informés qu'un différend a été porté devant l'OMC⁸⁶⁷. Ainsi, tout Membre qui estime avoir « *un intérêt commercial substantiel* » dans l'affaire peut demander à participer à ces consultations⁸⁶⁸. Le Membre tiers intéressé doit informer les parties au différend ainsi que l'ORD, dans les 10 jours qui suivent la date de transmission de la demande initiale de consultations⁸⁶⁹. Toutefois, cette possibilité est conditionnée à l'acceptation du Membre auquel la demande de consultations est adressée, c'est-à-dire le défendeur. Ce dernier a en effet « *un pouvoir de veto* »⁸⁷⁰ qu'il peut faire valoir s'il ne reconnaît pas l'existence d'un intérêt substantiel dans son chef⁸⁷¹. Dans une telle hypothèse, le Membre intéressé n'a aucun recours pour imposer sa présence aux consultations, quelle que soit la légitimité de l'intérêt commercial substantiel invoqué⁸⁷². Toutefois, il lui reste toujours la possibilité de faire sa propre demande d'ouverture de consultations directes avec le défendeur, ce qui aboutira à l'engagement d'une nouvelle et distincte procédure de règlement des différends⁸⁷³.

223. À ce jour, l'ORD a reçu des Membres 34 notifications de demandes formelles de consultations au titre de l'article 4 du Mémoire d'accord dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC⁸⁷⁴. Ces demandes de consultations ont fait souvent une ou deux pages et parfois plus, comme c'est le cas de la demande de consultations présentée par les États-Unis dans l'affaire *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), qui a fait 7 pages⁸⁷⁵. Il convient aussi de relever que beaucoup d'affaires relatives aux ADPIC ont connu des demandes de participation aux consultations demandées par la partie plaignante. Ainsi, les Communautés européennes ont demandé,

⁸⁶⁷ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s2p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁸⁶⁸ L'article 4:11 du Mémoire d'accord.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 733.

⁸⁷¹ Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 793 ; G. Marceau, « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », in R.Yerxa et B.Wilson (dir), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 33.

⁸⁷² OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s2p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁸⁷³ L'article 4:11 du Mémoire d'accord. En ce sens, voir G. Marceau, « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 33 ; OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s2p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁸⁷⁴ Voir le tableau n°1 dans notre introduction.

⁸⁷⁵ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007.

conformément à l'article 4:11 du Mémoire d'accord, à participer aux consultations ⁸⁷⁶ que le gouvernement des États-Unis a demandé à tenir avec le Japon à propos du régime juridique de protection des enregistrements sonores appliqué au Japon (WT/DS28)⁸⁷⁷, demande que le Japon a acceptée⁸⁷⁸. C'est également le cas des États-Unis ⁸⁷⁹ qui ont demandé de participer aux consultations demandées par les Communautés européennes avec la Chine au sujet des mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers de services d'informations financières en Chine (WT/DS372)⁸⁸⁰, demande à laquelle la Chine a donné son accord⁸⁸¹. Il en est de même des demandes du Canada⁸⁸², du Brésil⁸⁸³, de l'Équateur⁸⁸⁴, de la Turquie⁸⁸⁵, de la Chine⁸⁸⁶, et du Japon⁸⁸⁷ de participer aux consultations demandées par l'Inde avec les Communautés européennes au sujet de *saisie de médicaments génériques en transit* (WT/DS408)⁸⁸⁸, demandes que l'Union européenne a acceptées⁸⁸⁹. C'est aussi le cas des demandes du Guatemala⁸⁹⁰, de l'Uruguay⁸⁹¹, du Brésil⁸⁹², de la Norvège⁸⁹³, de

⁸⁷⁶ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des Communautés européennes*, WT/DS28/2, 28 février 1996.

⁸⁷⁷ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS28/1, IP/D/1, 14 février 1996.

⁸⁷⁸ OMC, *Acceptation par le Japon de la demande de participation aux consultations présentée par les Communautés européennes conformément à l'article 4:11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS28/3, 6 mars 1996.

⁸⁷⁹ OMC, *Demande de participation aux consultations, communication des États-Unis*, WT/DS372/2, 18 mars 2008.

⁸⁸⁰ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, WT/DS372/1, S/L/319, IP/D/27, 5 mars 2008.

⁸⁸¹ OMC, *Acceptation par la Chine de la demande de participation aux consultations, communication des États-Unis*, WT/DS372/3, 26 mars 2008.

⁸⁸² OMC, *Demande de participation aux consultations, communication présentée par le Canada*, WT/DS408/2, 1^{er} juin 2010.

⁸⁸³ OMC, *Demande de participation aux consultations, communication présentée par le Brésil*, WT/DS408/3, 2 juin 2010.

⁸⁸⁴ OMC, *Demande de consultations présentée par l'Équateur*, WT/DS408/4, 2 juin 2010.

⁸⁸⁵ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Turquie*, WT/DS408/5, 3 juin 2010.

⁸⁸⁶ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Chine*, WT/DS408/6, 3 juin 2010.

⁸⁸⁷ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Japon*, WT/DS408/7, 3 juin 2010.

⁸⁸⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par l'Inde*, WT/DS408/1, G/L/921 IP/D/28, 19 mai 2010.

⁸⁸⁹ OMC, *Acceptation par l'Union européenne des demandes de participation aux consultations*, WT/DS408/8, 18 Juin 2010. Voir aussi l'affaire portant sur les mêmes mesures, l'acceptation par l'Union européenne des demandes de participation aux consultations présentées par le Canada, la Chine, l'Équateur, l'Inde, le Japon et la Turquie. OMC, *acceptation par l'Union européenne des demandes de participation aux consultations*, WT/DS409/8, 18 Juin 2010.

⁸⁹⁰ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Guatemala*, WT/DS434/2, 26 mars 2012.

⁸⁹¹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par l'Uruguay*, WT/DS434/3, 28 mars 2012.

⁸⁹² OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Brésil*, WT/DS434/4, 28 mars 2012.

⁸⁹³ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Norvège*, WT/DS434/5, 28 mars 2012

l'Union européenne⁸⁹⁴, de la Nouvelle-Zélande⁸⁹⁵, du Canada⁸⁹⁶, et du Nicaragua⁸⁹⁷ de participer aux consultations demandées par l'Ukraine avec l'Australie au sujet de *certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière de banalisation des emballages applicables aux produits du tabac et à l'emballage de ces produits* (WT/DS434)⁸⁹⁸, demandes que l'Australie a acceptées⁸⁹⁹.

224. Quant au contenu des consultations entre les parties du différend, il est strictement confidentiel⁹⁰⁰. Les consultations ont lieu entre les parties au différend seulement, ni le secrétariat de l'OMC ne peut y assister, ni même l'ORD ne peut y intervenir⁹⁰¹. En pratique, les consultations se déroulent au siège de l'OMC à Genève, sans aucune transcription écrite des débats⁹⁰². Ces consultations sont toutefois menées sans préjudice des droits que tout Membre se réserve d'exercer dans une suite éventuelle de la procédure⁹⁰³.

225. Au cours des consultations, chaque Membre est tenu d'examiner avec compréhension la demande que le plaignant lui a adressée au sujet de mesures prises sur son

⁸⁹⁴ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par l'Union européenne*, WT/DS434/6, 28 mars 2012.

⁸⁹⁵ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Nouvelle-Zélande*, WT/DS434/7, 28 mars 2012.

⁸⁹⁶ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Canada*, WT/DS434/8, 28 mars 2012.

⁸⁹⁷ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Nicaragua*, WT/DS434/9, 28 mars 2012.

⁸⁹⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par l'Ukraine*, WT/DS434/1, IP/D/30 G/TBT/D/39 G/L/985, 15 mars 2012.

⁸⁹⁹ OMC, *Acceptation par l'Australie des demandes de participation aux consultations*, WT/DS434/10 2 April 2012. Voir également les affaires portant sur les mêmes mesures au cours desquelles l'Australie a accepté les demandes de participation aux consultations, concernant la plainte de Honduras (document WT/DS435/15, 27 avril 2012), ou celle de la République dominicaine (document WT/DS441/14, 16 août 2012) ; ou de Cuba (document WT/DS458/13, 4 juin 2013), ou celle de l'Indonésie (document WT/DS467/14, 28 octobre 2013).

⁹⁰⁰ L'article 4:6 du Mémorandum d'accord. Toutefois, selon le Groupe spécial dans l'affaire, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, cette confidentialité n'empêche pas que chaque partie utilise les renseignements et les éléments de preuve obtenus lors des consultations dans la suite de la procédure. Le processus de règlement des différends serait sérieusement compromis si les renseignements obtenus lors des consultations ne pouvaient pas être utilisés par une partie lors de la procédure venant ensuite. Voir le rapport du Groupe spécial, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/R, WT/DS84/R, distribué le 17 septembre 1998, par. 10.23.

⁹⁰¹ Voir le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par le Guatemala et le Honduras*, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, distribué le 22 mai 1997, par. 7.19. Ce qui implique donc qu'aucun contrôle du fonctionnement du processus ne peut véritablement s'opérer. Le même Groupe spécial a effet relevé que « dans ces conditions, nous ne sommes pas en mesure d'évaluer le processus de consultations afin de déterminer s'il a fonctionné d'une façon particulière. (...) En pareil cas, nous estimons qu'un groupe spécial a seulement pour fonction de s'assurer que des consultations, si elles sont nécessaires, ont en fait eu lieu ou ont tout au moins été demandées » (*ibid.*). Ceci a été confirmé par le Groupe spécial à plusieurs reprises. Voir le rapport du Groupe spécial, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, (confirmé par l'Organe d'appel et adopté par l'ORD le 17 février 1999), WT/DS75, WT/DS84/R, par. 10.19 ; rapport du Groupe spécial, *Turquie-Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, distribué le 31 mai 1999, par. 9.22 et 9.24.

⁹⁰² D.W. Layton & J.O. Miranda, "Advocacy Before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases", *Journal of World Trade*, 2003, vol 37, n°1, p. 73.

⁹⁰³ L'article 4:6 du Mémorandum d'accord.

territoire affectant le fonctionnement de tout accord visé (y compris donc l'Accord sur les ADPIC)⁹⁰⁴, et s'efforcera de bonne foi d'arriver à un règlement satisfaisant de la question⁹⁰⁵. Une « *attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers des pays en développement* » devrait être accordée au cours des consultations conformément à l'article 4:10 du Mémoire d'accord⁹⁰⁶. Toutefois, l'efficacité réelle de cette prescription est mise en doute⁹⁰⁷. C'est d'ailleurs ce que révèle l'affaire *Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS36)⁹⁰⁸. En l'espèce, le différend a opposé les États-Unis au Pakistan. À la demande du premier de tenir des consultations, le Pakistan avait accepté et invité les États-Unis à tenir des consultations à Islamabad en raison des difficultés financières qu'entraînerait l'envoi de représentants à Genève. Mais les États-Unis refusèrent cette demande et insistèrent pour que les consultations se tiennent à Genève⁹⁰⁹. Le Pakistan n'a, certes, pas fondé sa requête sur l'article 4:10 du Mémoire d'accord⁹¹⁰, mais les États-Unis auraient pu prêter une attention spéciale à ce pays en développement sans qu'une demande lui soit faite au titre dudit article.

226. Enfin, pour éviter que les négociations menées dans ce cadre ne puissent mener à des solutions déséquilibrées, le Mémoire d'accord exige que si les parties arrivent à une solution amiable, celle-ci doit être compatible avec les règles de l'OMC⁹¹¹ et doit en outre être

⁹⁰⁴ L'article 4:2 du Mémoire d'accord.

⁹⁰⁵ Voir les articles 3:10 et 4:3 du Mémoire d'accord.

⁹⁰⁶ La notion « *une attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers* » est par définition très large et peut correspondre à des actes très divers. En pratique, elle pourrait être interprétée dans le sens où il faudrait prêter une oreille attentive aux questions intéressant les pays en développement et d'en tenir compte lors des débats. Elle pourrait aussi être interprétée dans le sens de ne pas proposer aux pays en développement des conditions qui iraient à l'encontre de leurs intérêts particulier dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable. Sur ce point, voir A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'O.M.C: étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement, op.cit.*, p. 153.

⁹⁰⁷ Alban Fréneau relève à cet égard que l'emploi du conditionnel selon lequel les Membres « *devraient accorder* » une attention spéciale aux pays en développement, se rapproche plus d'une déclaration de bonne volonté que d'une véritable obligation contraignante. Voir l'exposé critique de cette disposition par Alban Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'O.M.C: étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement, op.cit.*, pp. 150-152.

⁹⁰⁸ Sur cette affaire, voir *infra*, §409.

⁹⁰⁹ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 15 et 16 juillet 1996*, WT/DSB/M/21, 5 août 1996, p. 3.

⁹¹⁰ Dans ce cas, le Pakistan pouvait faire valoir qu'une attention spéciale ne lui avait pas été accordée du fait de l'insistance de la partie adverse à mener les consultations à Genève, ce qui impliquerait des dépenses importantes. Sur le sujet, voir A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'O.M.C: étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement, op.cit.*, p. 155, note de bas de page 546.

⁹¹¹ L'article 3:5 du Mémoire d'accord.

notifiée à l'ORD et aux conseils et comités compétents, devant lesquels tout Membre de l'OMC pourra soulever toute question à ce sujet⁹¹².

B. Les délais à respecter lors des consultations

227. En vertu de l'article 4:3 du Mémoire d'accord « *si une demande de consultations est formulée en vertu d'un accord visé, le Membre auquel la demande est adressée y **répondra**, sauf accord mutuel, **dans les 10 jours** suivant la date de sa réception et **engagera** des consultations de bonne foi **au plus tard 30 jours** après la date de réception de la demande, en vue d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante. Si le Membre ne répond pas dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande, ou n'engage pas de consultations au plus tard 30 jours, ou dans un délai convenu par ailleurs d'un commun accord, après la date de réception de la demande, le Membre qui aura demandé l'ouverture de consultations pourra alors directement demander l'établissement d'un groupe spécial »⁹¹³. À cela, l'article 4:7 ajoute que « *si les consultations n'aboutissent pas à un règlement du différend **dans les 60 jours** suivant la date de réception de la demande de consultations, la partie plaignante pourra demander l'établissement d'un groupe spécial. Elle pourra faire cette demande dans le délai de 60 jours si les parties qui ont pris part aux consultations considèrent toutes que celles-ci n'ont pas abouti à un règlement du différend »⁹¹⁴. Ce délai peut être étendu sous certaines conditions dans les affaires impliquant un pays en développement en vertu de l'article 12:10 du Mémoire d'accord.**

228. Trois observations apparaissent d'emblée essentielles.

En premier lieu, l'obligation de mener des consultations n'est pas une obligation de résultat exigeant des parties qu'ils parviennent à tout prix à un règlement amiable de leur différend, mais tout simplement un cadre qui leur impose de se comporter de bonne foi avec l'intention réelle d'y arriver. Ceci est confirmé par l'article 4:5 du Mémoire d'accord qui dispose qu'« *au cours des consultations engagées conformément aux dispositions d'un accord visé, avant de poursuivre leur action au titre du présent mémorandum d'accord, **les Membres devraient s'efforcer d'arriver à un règlement satisfaisant de la question** »⁹¹⁵.*

En deuxième lieu, la tenue de consultations est présentée de manière générale comme une condition préalable à une procédure de Groupe spécial, mais ce postulat général comporte

⁹¹² L'article 3:6 du Mémoire d'accord.

⁹¹³ C'est nous qui soulignons en gras.

⁹¹⁴ *Ibid.* Le délai est de 20 jours en cas d'urgence (voir l'article 4:8 du Mémoire d'accord).

⁹¹⁵ C'est nous qui soulignons en gras.

certaines restrictions⁹¹⁶. Il s'agit, en effet, des cas où la partie défenderesse ne répond pas dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande ou refuse d'engager des consultations dans le délai de 30 jours après la date de réception de la demande⁹¹⁷. Dans une telle situation, le Mémorandum d'accord autorise la partie plaignante à se passer des consultations et demander directement l'établissement d'un Groupe spécial⁹¹⁸. Ainsi, comme l'a relevé très justement le Professeur Éric Canal-Forgues, « *on ne puisse pas tout à fait parler d'une obligation de mener effectivement des consultations* »⁹¹⁹. En réalité, le but principal de cet encadrement strict de délai des consultations est d'éviter toute échappatoire possible de la partie défenderesse au règlement des différends de l'OMC. Le refus ou le silence gardé du défendeur pour tenir des consultations ne pourrait plus être utilisé comme moyen pour bloquer la procédure comme c'était le cas au temps du GATT de 1974⁹²⁰.

En troisième lieu, il est important de remarquer que les consultations ont un délai maximum de 60 jours à la fin duquel, s'il n'y a pas une solution amiable au différend, il sera possible de passer à la phase suivante. En d'autres termes, si les parties peuvent décider de les prolonger aussi longtemps qu'elles l'estiment nécessaire, l'écoulement d'un délai de 60 jours à partir de la date de réception de la demande de consultations⁹²¹ satisfait les exigences de négociations du Mémorandum et autorise le recours à la procédure du Groupe spécial⁹²². En somme, si les consultations sont ouvertes, il n'est plus possible de les faire délibérément traîner si elles sont improductives⁹²³.

229. Dans la pratique, en ce qui concerne les différends relatifs aux ADPIC qui seront analysés plus en détails dans la deuxième partie de cette étude, la durée des consultations, comme le montre le tableau n°5 ci-dessous, varie d'une affaire à l'autre. Certaines ont duré un seul jour tandis que d'autres ont pu aller jusqu'à 9 jours ou plus.

⁹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, par. 58-59.

⁹¹⁷ L'article 4:3 du Mémorandum d'accord.

⁹¹⁸ *Ibid.* Voir également le rapport de l'Organe d'appel l'affaire *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (shtf) en provenance des États-Unis, Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, par. 58-59.

⁹¹⁹ É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, *op.cit.*, p. 55, § 72.

⁹²⁰ H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *op.cit.*, p. 24, §149.

⁹²¹ L'article 4:7 du Mémorandum d'accord.

⁹²² Ou bien à d'autres voies de règlement. Voir *infra*, § 230.

⁹²³ Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 733.

Tableau n°5 : Exemples de différends relatifs aux ADPIC et leurs durée de consultations

Plaignant	Défendeur, titre de la mesure en cause et numéro de l'affaire	Date de l'ouverture des consultations	Durée des consultations
États-Unis	<i>Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS36)</i>	30 avril 1996	30 mai 1996 (1 jour)
États-Unis	<i>Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS50)</i>	2 juillet 1996	27 juillet 1996 (1 jour)
Communautés européennes	<i>Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS79)</i>	28 avril 1997	14 mai 1997 (1 jour)
États-Unis	<i>Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82)</i>	14 mai 1997	30 mai et 21 novembre 1997 (2 jours)
Communautés européennes	<i>Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (WT/DS114)</i>	19 décembre 1997	13 février et 12 juin 1998 (2 jours)
États-Unis	<i>Communautés européenne — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)</i>	6 janvier 1998	9 janvier 1998 (1 jour)
Communautés européennes	<i>États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)</i>	26 janvier 1999	2 mai 1999 (1 jour)
États-Unis	<i>Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (WT/DS170)</i>	6 mai 1999	11 juin 1999 (1 jour)
États-Unis	<i>Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS171)</i>	6 mai 1999	15 juin 1999, 27 juillet 1999, 17 juillet 2000, 29 novembre 2000, 2 avril 2001, 13 juillet 2001, 21 septembre 2001, 5 novembre 2001 et le 14 avril 2002 (9 jours)
États-Unis	<i>Communautés européennes — Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (WT/DS174)</i>	1 juin 1999	9 juillet 1999 et ultérieurement.

Communautés européennes	<i>États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)</i>	8 juillet 1999	13 septembre et 13 décembre 1999 (2 jours)
États-Unis	<i>Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais (WT/DS196)</i>	30 mai 2000	15 juin 1999, 27 juillet 1999, 17 juillet 2000, 29 novembre 2000, 2 avril 2001, 13 juillet 2001, 21 septembre 2001, 5 novembre 2001 et le 14 avril 2002 (9 jours)
États-Unis	<i>Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet (WT/DS199)</i>	30 mai 2000	29 juin et 1er décembre 2000 (2 jours)
Australie	<i>Communauté européenne — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (WT/DS290)</i>	17 avril 2003	27 mai 2003 (1 jour)
États-Unis	<i>Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle (WT/DS362)</i>	10 avril 2007	7 et 8 juin 2007 (2 jours)
Ukraine	<i>Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière de banalisation des emballages applicables aux produits du tabac et à l'emballage de ces produits (WT/434)</i>	13 mars 2012	12 avril 2012 (1 jour)
Honduras	<i>Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS435)</i>	4 avril 2012	1er mai 2012 (1 jour)
République dominicaine	<i>Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS441)</i>	18 juillet 2012	27 septembre 2012 (1 jour)
Cuba	<i>Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS458)</i>	3 mai 2013	13 juin 2013 (1 jour)
Indonésie	<i>Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les</i>	20 septembre 2013	29 octobre 2013 (1 jour)

	<i>indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS467)</i>		
--	---	--	--

Source : liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC.

230. En cas d'échec des consultations, la partie plaignante a deux solutions : soit passer à la voie juridictionnelle (recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord ou demander directement à l'ORD l'établissement d'un Groupe spécial)⁹²⁴ soit continuer dans la voie du règlement diplomatique par le biais de bons offices, de conciliation ou de médiation.

Section 2 : Les moyens complémentaires de règlement des différends de l'OMC lors de la phase de négociations : les bons offices, la conciliation et la médiation

231. La préférence accordée à une solution amiable est clairement affichée dans le Mémoire d'Accord⁹²⁵. C'est dans cet esprit d'ailleurs que le Mémoire d'accord prévoit la possibilité pour les parties au différend de recourir aux bons offices, à la conciliation ou à la médiation (§1), s'ils en conviennent ainsi (§2).

§1. Les procédures de bons offices, la conciliation et la médiation

232. Certainement, une intervention d'une personne extérieure, indépendante et sans lien avec les parties à un différend peut aider ces dernières à trouver une solution

⁹²⁴ À ce propos, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, le choix du plaignant, après l'échec des consultations, s'est toujours penché pour la procédure qui fait intervenir le Groupe spécial, comme en témoignent les affaires ADPIC ayant fait l'objet de ce processus (voir le tableau n°1 dans notre introduction). L'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord comme mode de règlement n'a jamais été invoqué pour régler un différend relatif aux ADPIC. Dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), les parties au différend ont certes eu recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord, mais elles l'ont fait au stade de la mise en œuvre, c'est-à-dire bien après qu'un rapport du Groupe spécial ait été rendu et adopté par l'ORD (sur ce point, voir *infra*, § 356 et s.). Pour cette raison, notre étude fera une large place à l'intervention des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le règlement des différends relatifs aux ADPIC. L'arbitrage au titre de l'article 25 ne sera évoqué qu'accessoirement au besoin de l'étude.

⁹²⁵ L'article 3.7 du Mémoire d'accord.

mutuellement satisfaisante⁹²⁶. Les mécanismes diplomatiques de bons offices, la conciliation et la médiation peuvent jouer ce rôle important.

233. S'agissant de cette personne indépendante chargée d'intervenir, le Mémorandum d'accord indique aux termes de son article 5:6 que « *le Directeur général de l'OMC pourra, dans le cadre de ses fonctions, offrir ses bons offices, sa conciliation ou sa médiation en vue d'aider les Membres à régler leur différend* »⁹²⁷. Pour certains, cette faculté peut surprendre étant donné le risque pour le Directeur général de compromettre son impartialité dans l'exercice de cette fonction⁹²⁸.

L'intervention du Directeur général pour offrir ses bons offices, sa conciliation ou sa médiation diffère d'un niveau à l'autre⁹²⁹. Les bons offices consistent d'ordinaire à superviser le soutien logistique et le soutien du Secrétariat permettant aux parties de négocier de manière productive. La conciliation implique en outre une participation directe aux discussions et aux négociations entre les parties du différend. La médiation inclut la possibilité de proposer effectivement des solutions. En d'autres termes, le Directeur général (médiateur) ne se contente pas de participer aux négociations, mais il peut également proposer une solution aux parties. Toutefois, ces dernières ne sont pas tenues d'accepter cette proposition⁹³⁰.

234. Comme pour les consultations, les procédures de bons offices, de conciliation et de médiation et, en particulier, la position adoptée par les parties au différend au cours de ces procédures sont confidentielles⁹³¹ et sans préjudice des droits que chacune des parties pourraient exercer dans une suite éventuelle de la procédure⁹³². En effet, la flexibilité et l'ouverture constructive que procurent les procédures de bons offices, de conciliation et de médiation ne doivent pas nuire à l'une ou l'autre partie si la question doit être soumise à un processus juridictionnel. Les propositions de règlement d'une partie lors des négociations, ou les conditions qu'une partie serait prête à accepter pour régler le différend, ne doivent pas

⁹²⁶ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8 : Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, en ligne : https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c8s1p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁹²⁷ Ce pouvoir est jugé inhérent au poste même s'il n'est pas décrit plus en détails en droit. Il s'agit de pouvoirs *ex officio* à exercer dans ce cadre spécifique. OMC, Communication du Directeur général, *Article 5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DSB/25, 17 juillet 2001, p. 2, note de bas de page 2.

⁹²⁸ A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'O.M.C : étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, *op.cit.*, p. 137.

⁹²⁹ OMC, Communication du Directeur Général, *Article 5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, *op.cit.*, p.4, note de bas de page 9.

⁹³⁰ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8 : Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, en ligne: https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c8s1p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). Voir également la Communication du Directeur Général sur l'article 5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, *op.cit.*, p. 4, note de bas de page 9.

⁹³¹ L'article 5:2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁹³² *Ibid.*

affaiblir la position des parties au regard d'une suite éventuelle de la procédure si les négociations échouent⁹³³.

235. Dans la pratique, ces modes diplomatiques volontaires, n'ont jamais été utilisés à ce jour pour régler les différends relatifs aux ADPIC.

236. Malgré l'important rôle que peuvent jouer ces mécanismes de bons offices, de conciliation et de médiation pour aider les parties au différend pour parvenir à une solution mutuellement satisfaisante, leur mise en application est, toutefois, conditionnée à l'accord préalable de toutes les parties concernées.

§2. La règle du consentement des parties au différend à la mise en application des procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation

237. Comme il est indiqué dans l'article 5:3 du Mémorandum d'accord, les mécanismes de bons offices, de conciliation ou de médiation peuvent être demandés à tout moment par l'une des parties à un différend. Cependant, pour la mise en application de ces mécanismes, il est requis d'avoir l'accord de toutes les parties au différend⁹³⁴. Mais, dès l'acceptation par ces dernières, les procédures de bons offices, de conciliation ou encore de médiation peuvent commencer à tout moment⁹³⁵, toutefois pas avant qu'une demande de consultation n'ait été officiellement présentée⁹³⁶. Ces procédures pourront continuer, si les parties en conviennent, même pendant la procédure d'examen devant le Groupe spécial⁹³⁷. En revanche, s'ils décident de mettre fin à ces procédures, celles-ci s'arrêteront à tout moment à n'importe quel stade⁹³⁸.

238. Notons cependant que lorsque le différend implique un pays moins avancé Membre, le Directeur général ou le Président de l'ORD⁹³⁹ sont tenus, à la demande de ce pays, d'offrir leurs bons offices, leurs conciliations ou leurs médiations en vue d'aider les parties à

⁹³³ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8 : Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, précité.

⁹³⁴ L'article 5:1 du Mémorandum d'accord.

⁹³⁵ L'article 5:3 du Mémorandum d'accord.

⁹³⁶ Comme évoqué précédemment, cette demande est obligatoire pour déclencher l'application des procédures du Mémorandum d'accord, y compris celles de l'article 5 du Mémorandum d'accord. Voir *supra*, § 215 et s.

⁹³⁷ L'article 5:5 du Mémorandum d'accord.

⁹³⁸ L'article 5:3 du Mémorandum d'accord.

⁹³⁹ En effet, l'ORD, a son propre président, qui est désigné par consensus par les Membres de l'OMC.

régler le différend, si les consultations n'ont pas abouti à une solution satisfaisante⁹⁴⁰. Aussi, si un pays en développement Membre dépose une plainte contre un pays développé Membre, sur la base de l'un des accords visés, la partie plaignante aura le droit, en vertu de l'article 3:12 du Mémorandum d'accord, d'invoquer la procédure des dispositions correspondantes de la Décision du 5 avril 1966⁹⁴¹. Cette procédure prévoit en effet que le Directeur général peut offrir ses bons offices, à la demande du pays en développement, en vue d'aider à résoudre le différend, dans les cas où les consultations entre les parties n'ont pas abouti⁹⁴². Cependant, malgré leur importance, ces procédures n'ont jamais été utilisées dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC.

239. En tout état de cause, si la phase de négociations se solde par un échec, la phase contentieuse prend le relais pour régler de manière définitive le différend sur des bases contraignantes.

Chapitre 2 - La phase contentieuse

240. La phase contentieuse⁹⁴³ comprend, dans un premier temps, une étape d'examen faisant intervenir des organes de règlement indépendants, le Groupe spécial et l'Organe d'appel (Section 1) et, dans un deuxième temps, une étape de mise en œuvre des rapports du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel, lesquels ne deviennent contraignants pour les parties au différend qu'une fois adoptés par l'ORD (Section 2).

⁹⁴⁰ L'article 24:2 du Mémorandum d'accord. C'est-à-dire que l'accord des parties du différend n'est pas requis dans ce cas.

⁹⁴¹ Décision du 5 avril 1996 sur la procédure d'application de l'article XXIII, IBDD, S14/19. Disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.wto.org/French/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/a2s1p1_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

⁹⁴² Il faut remarquer ici que la partie en voie de développement plaignante pourra, en cas d'échec des consultations, seulement bénéficier, en vertu de la procédure de 1966, des bons offices du Directeur Général. Ce qui déduit que l'intervention de ce dernier pour offrir sa conciliation ou sa médiation doit requérir l'accord de toutes les parties du différend conformément à l'article 5 du Mémorandum d'accord. Mais, lorsque le différend implique un pays moins avancé, et à sa demande, le Directeur général ou le Président de l'ORD sont tenus de lui offrir non seulement leurs bons offices mais aussi leurs conciliations et leurs médiations, après l'échec des consultations. Voir l'article 24:2 du Mémorandum d'accord.

⁹⁴³ C'est-à-dire un règlement juridictionnel.

241. Ce chapitre propose une vision panoramique très approfondie sur les aspects théoriques de cette phase contentieuse, couplée d'une analyse minutieuse de la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC qui sont passés par cette phase.

Section 1 : L'examen des différends relatifs aux ADPIC par les organes indépendants : le Groupe spécial et l'Organe d'appel

242. Dans le cadre de l'OMC, le processus de règlement des différends, y compris ceux relatifs à l'Accord sur les ADPIC, est confié à des entités indépendantes s'apparentant à des Cours judiciaires⁹⁴⁴: le Groupe spécial, appelé aussi « panel », qui entend l'affaire comme organe de première instance (§1) et l'Organe d'appel qui reçoit les revendications relatives aux conclusions du Groupe spécial comme organe de dernière instance (§2). Cependant, les rapports du Groupe spécial et même de l'Organe d'appel ne deviennent obligatoires pour les parties au différend qu'après leur adoption par l'ORD (§3).

§1. L'examen en première instance devant un Groupe spécial

243. La procédure devant le Groupe spécial fait appel à certains développements dont les aspects essentiels méritent d'être abordés. En premier lieu, on analysera successivement l'établissement d'un Groupe spécial, son mandat et sa composition (A). L'examen portera, en deuxième lieu, sur la compétence et le fonctionnement du Groupe spécial (B). On s'efforcera de décrire tous ces points essentiels de la procédure du Groupe spécial en menant en parallèle une analyse de la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC ayant déjà fait l'objet de cette procédure.

A. L'établissement, le mandat et la composition d'un Groupe spécial

244. L'établissement d'un Groupe spécial (1), son mandat (2) et sa composition (3) feront l'objet des développements suivants et seront analysés successivement sur la base d'une mise en perspective avec la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC pour lesquels cette procédure a déjà pu être appliquée.

⁹⁴⁴ P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce: Analyse d'un système particulier et distinctif », *op.cit.*, p. 34.

1. L'établissement d'un Groupe spécial

245. L'établissement d'un Groupe spécial n'est pas automatique car la partie plaignante doit faire la demande par écrit au Président de l'ORD⁹⁴⁵. En principe, cette demande ne pourra être formulée, comme indiqué précédemment, que dans le cas où les négociations n'aboutissent pas à un règlement du différend dans les 60 jours suivant la date de réception de la demande de consultations⁹⁴⁶. Mais il se peut que la partie plaignante agisse plus tôt dans les cas où le défendeur n'a pas répondu à la demande de consultation dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande⁹⁴⁷ ; ou n'a pas engagé de consultations au plus tard 30 jours, ou dans un délai convenu par ailleurs d'un commun accord, après la date de la réception de la demande de consultations⁹⁴⁸ ; ou si les parties appelées en consultations considèrent toutes que celles-ci n'ont pas abouti à un règlement du différend⁹⁴⁹.

246. En vertu de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, la partie plaignante doit préciser dans sa demande d'établissement « *si des consultations ont eu lieu* », indiquer « *les mesures spécifiques en cause* » et contenir « *un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème* ».

S'agissant de la mention dans la demande d'établissement « *si des consultations ont eu lieu* », il est important de préciser que son absence, n'est pas de nature à ôter au Groupe spécial la compétence de traiter la question dont il est saisi. Dans l'affaire *Mexique — sirop de maïs*, l'Organe d'appel a en effet indiqué que « *la compétence du groupe spécial ne peut être infirmée par l'absence, dans la demande d'établissement du groupe spécial, d'une mention précisant "si des consultations ont eu lieu"* »⁹⁵⁰. En revanche, la demande d'établissement du plaignant doit nécessairement contenir les deux dernières exigences mentionnées précédemment, à savoir : 1) « *les mesures spécifiques en cause* » et 2) « *un bref*

⁹⁴⁵ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne: https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). À ce sujet, il est intéressant de rappeler que ni l'ORD ni le Groupe spécial ne peuvent se saisir spontanément du règlement d'un différend né entre les Membres de l'OMC. Il revient au Membre plaignant, à lui seul, suivant sa décision souveraine, de déclencher les différentes phases du processus de règlement des différends de l'OMC. En ce sens, M.-L. Mchanetzki, « Le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Faut-il réformer l'ORD », *op.cit.*, p. 1.

⁹⁴⁶ L'article 4:7 du Mémoire d'accord.

⁹⁴⁷ L'article 4:3 du Mémoire d'accord.

⁹⁴⁸ *Idem.*

⁹⁴⁹ L'article 4:7 du Mémoire d'accord.

⁹⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des États-Unis. Recours des États-Unis à l'Article 21:5 du Mémoire d'accord* (titre abrégé, *Mexique — sirop de maïs*), WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 70.

exposé mais suffisamment clair du fondement juridique de la plainte ». L'Organe d'appel a insisté sur ces deux exigences dans l'affaire *Guatemala — Ciment I*, en précisant qu'elles sont totalement distinctes l'une de l'autre⁹⁵¹.

247. Concernant la première exigence, l'énoncé des *mesures spécifiques en cause* doit, en effet, être suffisamment précis pour permettre à la partie défenderesse de prendre connaissance des mesures litigieuses et d'exercer bien entendu ses droits de défense⁹⁵². Sur le type de mesures pouvant faire l'objet d'une demande d'établissement dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC comme pour les autres Accords de l'OMC, à l'exception de l'Accord général sur le commerce des services⁹⁵³, il est essentiel de remarquer que le Mémoire d'accord ne dit rien à ce sujet et ne définit pas non plus le terme « mesure ». L'Organe d'appel a, à cet égard, indiqué que « *les instruments d'un Membre qui contiennent des règles ou des normes pourraient constituer une "mesure", peu importe comment ou si ces règles ou normes sont appliquées dans un cas particulier* »⁹⁵⁴.

Traditionnellement, les Membres peuvent contester l'incompatibilité d'une loi, d'un règlement ou une action spécifique d'un autre Membre⁹⁵⁵. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les plaintes portées devant l'ORD ont visé l'incompatibilité d'une (des) disposition(s) d'une loi, d'un règlement et aussi des pratiques administratives. Par exemple, dans l'affaire *Canada — Durée d'un brevet (WT/DS170)*, la mesure en litige était l'article 45 de la Loi sur les brevets du Canada, qui établissait la durée de la protection conférée par les brevets

⁹⁵¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique* (titre abrégé, *Guatemala — Ciment I*), WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998, par. 69. En effet, en l'espèce, le Groupe spécial a interprété le terme « mesure » au sens large en le considérant comme une « *référence abrégée aux situations nombreuses et variées dans lesquelles les obligations découlant des Accords de l'OMC pourraient ne pas être remplies* ». Mais, l'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial a brouillé la distinction entre une « mesure » et une « allégation ». Selon ses termes, « *l'article 6:2 du Mémoire d'accord exige qu'à la fois la "mesure en cause" et le "fondement juridique de la plainte" (ou les "allégations") soient indiqués dans une demande d'établissement d'un groupe spécial. Si nous comprenons bien ce qu'a voulu dire le Groupe spécial, il suffirait, en fait, au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial indique uniquement le "fondement juridique de la plainte", sans indiquer la "mesure spécifique en cause". Cela est incompatible avec le texte même de l'article 6:2 du Mémoire d'accord* » (ibid., par. 69).

⁹⁵² D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p.807.

⁹⁵³ En effet, contrairement aux autres Accords de l'OMC, l'AGCS indique dans son l'article XXVIII a) que « *le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme* ».

⁹⁵⁴ 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, par. 82. Laurence Dubin indique à cet égard, que les organes de règlement des différends ne se montrent pas moins libéraux à ce sujet. De manière générale, peuvent faire l'objet d'une demande d'établissement, toutes mesures d'application générales ou particulières, législations ou pratiques, législations impératives ou dispositives. Voir L. Dubin, « *La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC* », op.cit., p. 134.

⁹⁵⁵ G. Marceau, « *Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)* », in Société Française pour le Droit International (éd.), *La pratique et le droit international*, Colloque de Genève, Paris, Pedone, 2004, p. 196.

déposés avant le 1^{er} octobre 1989 (« ancienne loi »)⁹⁵⁶. Dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l’Australie, WT/DS290), la mesure en cause était le Règlement des Communautés européennes relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d’origine⁹⁵⁷. Dans l’affaire *Chine — Droit de propriété intellectuelle* (WT/DS362), les mesures en cause étaient à la fois : 1) la Loi pénale de la Chine et les interprétations relatives par la Cour populaire suprême qui établissent les seuils applicables aux procédures et sanctions pénales en cas d’atteinte aux droits de propriété intellectuelle ; 2) le Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l’administration des douanes de la Chine et les mesures de mise en œuvre connexes régissant la mise hors circuit des marchandises contrefaites confisquées par les autorités douanières ; et 3) la Loi sur le droit d’auteur de la Chine, en particulier son article 4⁹⁵⁸. Dans l’affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), les mesures en litige étaient : 1) le système indien de la « boîte aux lettres » en vertu duquel des demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l’agriculture

⁹⁵⁶ Voir le rapport de l’Organe d’appel Canada — *Durée de la protection conférée par un brevet* (titre abrégé, *Canada — Durée d’un brevet*), WT/DS170/AB/R, adopté le 12 octobre 2000, par. 2.1. De même, dans l’affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), la mesure en cause était l’article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, qui interdit à ceux qui avaient un intérêt lié à une marque/un nom commercial utilisé en rapport avec des produits confisqués par le gouvernement cubain d’enregistrer/renouveler cette marque/ce nom commercial sans le consentement de son titulaire initial (voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, (titre abrégé, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*), WT/DS176/R, distribué le 6 août 2001, par. 2.1). Aussi, dans l’affaire *États-Unis — Article 110 5, Loi sur le droit d’auteur* (WT/DS160), la mesure en cause était l’article 110 5) de la Loi sur le droit d’auteur des États-Unis qui prévoit des limitations des droits exclusifs accordés aux détenteurs de droits d’auteur sur leurs œuvres protégées, sous la forme d’exceptions permettant à des personnes non détentrices du droit de diffuser certaines représentations ou exécutions et présentations, à savoir l’« exception pour usage de type privé » (pour les œuvres musicales « dramatiques ») et l’« exception pour usage dans des entreprises commerciales » (pour les œuvres autres que les œuvres musicales « dramatiques ») (rapport du Groupe spécial *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d’auteur* (titre abrégé, *États-Unis — Article 110 5, Loi sur le droit d’auteur*), WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000, par. 2.1 à 2.4). Aussi, dans l’affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), la mesure en cause visait deux dispositions de la Loi canadienne sur les brevets: i) disposition relative à l’examen réglementaire (article 55.2 1) ; et ii) disposition relative au stockage (article 55.2 2). Ces dernières permettaient aux fabricants de médicaments génériques, dans certaines situations, de faire abstraction des droits conférés au titulaire d’un brevet. Voir le rapport du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (titre abrégé, *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques*), WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000, par. 7.1.

⁹⁵⁷ Voir le 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* (titre abrégé, *CE — Marques et indications géographiques (États-Unis)*), WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005. À l’encontre de la même mesure, l’Australie a porté plainte contre les Communautés européennes. Voir le 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, (titre abrégé, *CE — Marques et indications géographiques (Australie)*), WT/DS290/R, adopté le 20 avril 2005.

⁹⁵⁸ Voir le rapport du Groupe spécial *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (titre abrégé, *Chine — Droits de propriété intellectuelle*), WT/DS362/R, adopté le 20 mars 2009, par. 2.1 à 2.4.

pouvaient être déposées (pratique administrative); et 2) le mécanisme indien d'octroi de droits exclusifs de commercialisation pour ces produits⁹⁵⁹.

248. Quant à la deuxième exigence relative à l'*exposé du fondement juridique de la plainte*, elle consiste précisément en l'énoncé des allégations de violation des dispositions spécifiques des Accords de l'OMC⁹⁶⁰, en l'occurrence ici de l'Accord sur les ADPIC. Une attention particulière doit être portée au fait que, grâce à la technique de renvoi, précédemment examinée⁹⁶¹, des allégations peuvent être formulées au titre de certaines dispositions des Conventions de Berne⁹⁶² ou de Paris⁹⁶³ ou encore au titre du Traité de Washington. Celles-ci doivent en effet être bien indiquées au risque d'être rejetées, comme cela a été le cas dans l'affaire *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362). En effet, la partie plaignante (les États-Unis) s'est vue rejeter son allégation au motif que sa demande d'établissement ne se référait pas expressément à un article en particulier de la Convention de Berne, se contentant de

⁹⁵⁹ Voir le rapport de du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des États-Unis* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/R et rapport de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998. Ces mêmes mesures ont été notamment ré-invoquées dans l'affaire *Inde — Brevets* (plainte des Communautés européennes). Voir le rapport précité du Groupe spécial sur cette affaire WT/DS79/R, distribué le 24 août 1998.

⁹⁶⁰ En clair, ce qu'il faut suffisamment indiquer ce sont les allégations et non les arguments comme l'a précisé l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes — Banane III*. Selon l'Organe d'appel, « *il y'a une grande différence entre les allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui détermine le mandat du groupe spécial au titre de l'article 7 du Mémorandum d'accord, et les arguments énoncés dans ces allégations, qui sont exposées et progressivement précisées dans les premières communications écrites, dans les communications présentées à titre de réfutation et lors des première et deuxième réunions du groupe spécial avec les parties* » (rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (titre abrégé, *CE — Bananes III*), WT/DS27/AB/R, par. 141). Cette observation a été rappelée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50). Voir le rapport précité 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, par. 88.

⁹⁶¹ Les obligations des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, deviennent ainsi des obligations des Membres de l'OMC au titre de cet accord et leur violation relève par conséquent de la compétence de l'ORD. Voir *supra*, § 126.

⁹⁶² Il existe d'ailleurs deux affaires dans lesquelles les allégations du plaignant ont été formulées au titre de certaines dispositions de la Convention de Berne. Il s'agit des affaires suivantes : *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) et *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362). Respectivement, voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.1 et 6.2 et le rapport du Groupe spécial *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362/R, pp. 10 à 37.

⁹⁶³ Il existe d'ailleurs trois affaires dans lesquelles les allégations du plaignant ont été formulées au titre de certaines dispositions de la Convention de Paris. Il s'agit des affaires suivantes : *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176) et *Communauté européenne — Protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte des États-Unis, WT/DS174) et (plainte de l'Australie, WT/DS290). Respectivement, voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 3.1 ; rapport du Groupe spécial, *Communauté européenne — Protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte des États-Unis), WT/DS174/R, par. 3.2 et le rapport précité du Groupe spécial, *Communauté européenne — Protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte de l'Australie), WT/DS290, par. 3.1.

mentionner l'article 9:1 de l'accord sur les ADPIC qui renvoie à cette convention⁹⁶⁴. Selon le Groupe spécial, « *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"* ». Selon lui, « *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* »⁹⁶⁵.

249. En somme, il faut « *dès le début, tout dire en ce qui concerne aussi bien les allégations en question que les faits en rapport avec ces allégations* »⁹⁶⁶. Au final, les prescriptions imposées par l'article 6:2 « *sont de celles qui conduisent à l'existence d'une procédure régulière* »⁹⁶⁷ en permettant à la fois à la partie plaignante de faire état des arguments à l'appui de ses allégations, à la partie défenderesse de préparer au mieux sa défense, aux tierces parties de se joindre à la procédure⁹⁶⁸ mais aussi au Groupe spécial d'exercer sa compétence⁹⁶⁹.

⁹⁶⁴ Voir le rapport précité du Groupe spécial *Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362/R, par. 7.3 à 7.15.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, par. 7.7.

⁹⁶⁶ 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, par. 94. Selon l'Organe d'appel « *les allégations doivent être clairement formulées. Les faits doivent être volontairement divulgués. Il doit en être ainsi pendant les consultations de même que dans le cadre plus formel de la procédure de groupe spécial* » (*ibid.*).

⁹⁶⁷ J. Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *op.cit.*, p. 17.

⁹⁶⁸ En effet, le Mémoire d'accord prévoit la possibilité d'autres Membres d'être entendus par les Groupes spéciaux et de présenter des communications écrites en tant que tierces parties, même s'ils n'ont pas participé aux consultations. Toutefois, pour participer à cette procédure, ces Membres doivent avoir un intérêt substantiel dans l'affaire et en avoir informé l'ORD (article 10:2 du Mémoire d'accord). Il convient à cet égard de distinguer l'« intérêt commercial substantiel » qui conditionne la participation des tierces parties aux consultations et l'« intérêt substantiel » qui est requis pour participer à la procédure du Groupe spécial. Comme on a précédemment indiqué, au stade des consultations, la participation n'est possible que si le défendeur est d'accord (étant entendu que s'il ne l'est pas, il n'existe aucun recours permettant d'imposer cette participation). En revanche, au niveau du Groupe spécial tout Membre qui invoque un intérêt systémique est, dans la pratique, admis à participer à une procédure de Groupe spécial en tant que tierce partie sans que l'on n'examine si l'intérêt est véritablement « substantiel ». Dans la pratique, l'ORD ménage aux Membres un délai de dix jours à compter de l'établissement du Groupe spécial pour leur permettre de réserver leurs droits en tant que tierces parties. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c6s3p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). Cette possibilité a été largement exploitée par les Membres de l'OMC (pays développé et pays en développement) dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, comme nous allons voir dans la deuxième partie, titre I, chapitre 2.

⁹⁶⁹ Comme il sera mis en avant dans le prochain paragraphe, cette demande d'établissement déterminera la compétence (le mandat) du Groupe spécial pour l'examen de la question en vertu de l'article 7 du Mémoire d'accord. Ceci est capital et l'Organe d'appel ne manqua pas de le noter dans l'affaire *Communautés européennes — banane III*. De l'avis l'Organe d'appel, « *il est important que la demande d'établissement d'un groupe spécial soit suffisamment précise (...), elle constitue souvent la base du mandat du groupe spécial défini conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord (...)* » (rapport Organe d'appel, *Communautés*

250. Il faut toutefois observer qu'il n'est en toute hypothèse pas possible à la partie défenderesse de demander le rejet de plaintes émanant de parties Membres différentes, même si ces questions sont relatives aux mêmes faits et aux mêmes allégations. En principe, chaque Membre a les mêmes obligations à l'égard de chacun des autres Membres. Une allégation d'infraction à l'encontre d'un Membre pourrait donc donner lieu à des plaintes déposées par tous les autres Membres. Le Mémorandum d'accord reconnaît explicitement, en ses articles 9 et 10, le droit pour chaque Membre de faire valoir individuellement ses droits. L'affaire *Inde — Brevet* (WT/DS79) en est une illustration. Les Communautés européennes, qui étaient tierce partie dans la procédure engagée auparavant par les États-Unis au sujet des mêmes mesures indiennes, avaient décidé de recourir à un Groupe spécial au titre du Mémorandum d'accord⁹⁷⁰.

251. Cependant, dans les cas où plusieurs Membres de l'OMC demandent à peu près concomitamment l'établissement d'un Groupe spécial en relation avec la même question, l'article 9 du Mémorandum d'accord prescrit à l'ORD d'établir, chaque fois que possible, un Groupe spécial unique pour examiner ces plaintes⁹⁷¹. Ce fut le cas en effet dans les affaires *Communautés européennes — Mesures relatives à la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, où un seul Groupe spécial fut établi pour examiner les plaintes émanant des États-Unis (WT/DS174) et de l'Australie (WT/DS290)⁹⁷². Il faut, toutefois, noter que la possibilité d'établir un Groupe spécial unique dépend évidemment de facteurs comme la concordance des dates auxquelles les divers différends sont soumis à l'OMC. Si l'écart de temps entre les différentes demandes d'établissement d'un Groupe spécial est important, il peut ne pas être possible d'établir un seul Groupe spécial⁹⁷³. Dans pareil cas, dans la mesure du possible, les Groupes spéciaux qui

européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (titre abrégé, *Communautés européennes — banane III*), WT/DS27/AB/R, par. 142).

⁹⁷⁰ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, par. 7.9 à 7.24.

⁹⁷¹ L'article 9:1 du Mémorandum d'accord. Ce principe s'applique, sans toutefois compromettre les droits dont les parties au différend auraient joui si des Groupes spéciaux distincts avaient examiné leurs plaintes respectives (article 9:2 du Mémorandum d'accord).

⁹⁷² Après le constat d'échec des consultations avec les Communautés européennes, les États-Unis et l'Australie ont demandé séparément, en date du 18 août 2003, l'établissement d'un Groupe spécial. À sa réunion du 29 août 2003, l'ORD a reporté l'établissement de Groupes spéciaux. Suite à une deuxième demande des États-Unis et de l'Australie, l'ORD a établi un seul Groupe spécial à sa réunion du 2 octobre 2003. Voir OMC, Note du Secrétariat, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis et de l'Australie*, WT/DS174/21 WT/DS290/19, 24 février 2004.

⁹⁷³ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/disp_u_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017). Dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS79) par exemple, la question de la possibilité d'établir un seul Groupe spécial a été abordée concernant les plaintes des États-Unis (WT/DS50) et des Communautés européennes

sont établis pour examiner les plaintes relatives à la même question, devraient être composés des mêmes personnes et le calendrier de leurs travaux devrait être harmonisé⁹⁷⁴. C'est le cas des cinq plaintes émanant respectivement de l'Ukraine, du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l'Indonésie, portées à l'encontre de l'Australie au sujet de *certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographique et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage* (WT/DS434, WT/DS435, WT/DS441, WT/DS458 et WT/DS467). Dans ces affaires, les Groupes spéciaux établis sont tous composés des mêmes personnes⁹⁷⁵.

252. Il est à rappeler, et c'est important, que c'est à l'ORD d'établir des Groupes spéciaux⁹⁷⁶. Si la partie plaignante en fait la demande, un Groupe spécial sera établi au plus tard à la deuxième réunion de l'ORD, à moins qu'il ne décide par consensus négatif de ne pas le faire⁹⁷⁷ ce qui est fort improbable⁹⁷⁸, voire impossible tant que le plaignant ne voudra pas s'y rallier. Dès lors, on parle « *d'un droit quasi automatique à l'établissement d'un groupe*

(WT/DS79) qui se rapportent en effet à la même question, à savoir le respect par l'Inde des dispositions de l'article 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe spécial s'est posé la question en ses termes : « *était-il alors "possible" pour l'ORD d'établir un seul groupe spécial au moment où les États-Unis ont présenté leur demande d'établissement d'un groupe spécial en novembre 1996 ?* ». Pour le Groupe spécial « *la réponse est non, puisqu'à ce moment-là les CE n'avaient pas demandé l'établissement d'un groupe spécial. En fait, les CE n'étaient même pas habilitées à présenter une telle demande car ce n'était pas avant le 28 avril 1997 qu'elles avaient demandé à tenir des consultations avec l'Inde sur cette question* » (rapport précité du Groupe spécial Inde – *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, par. 7.16).

⁹⁷⁴ L'article 9:3 du Mémoire d'accord. Cette solution sert à assurer la cohérence de l'approche juridique suivie pour ces différentes plaintes. S'il y avait plusieurs Groupes spéciaux composés de différents membres, travaillant séparément et ignorant chacun les raisonnements suivis et les décisions prises par les autres (en raison de la confidentialité des procédures des Groupes spéciaux), les différents rapports de ces Groupes spéciaux risqueraient de s'écarter les uns des autres, voire de se contredire. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁹⁷⁵ À savoir M. Alexander Erwin (en qualité de Président), et M. François Dessemont et Mme Billie Miller (en qualité de Membres). Voir les documents suivants de l'OMC : *Constitution du groupe spécial établi à la demande de l'Ukraine* (WT/DS434/13, 6 mai 2014) ; *Constitution du groupe spécial établi à la demande du Honduras* (WT/DS435/18, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de la république dominicaine* (WT/DS441/17, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de Cuba* (WT/DS458/16, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de l'Indonésie* (WT/DS467/17, 6 mai 2014).

⁹⁷⁶ C'est l'une des fonctions importantes de l'ORD. Voir l'article 2:1 du Mémoire d'accord.

⁹⁷⁷ L'article 6:1 du Mémoire d'accord dispose que « *si la partie plaignante le demande, un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial* ». À la première réunion de l'ORD où une telle demande est faite, le Membre défendeur peut encore s'opposer à l'établissement du Groupe spécial comme c'était le cas dans le cadre du GATT de 1947. Toutefois, à la deuxième réunion de l'ORD où la demande est présentée, le Groupe spécial sera établi, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas l'établir conformément à la technique du consensus négatif. Sur la règle du consensus, voir *supra* § 38.

⁹⁷⁸ H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *op.cit.*, p. 24, § 15.

spécial »⁹⁷⁹. Il serait d'ailleurs contradictoire, en dehors de circonstances inhabituelles, de demander l'établissement d'un Groupe spécial et en même temps de s'abstenir de s'opposer à une tentative de consensus à l'ORD contre l'établissement dudit groupe⁹⁸⁰.

2. Le mandat d'un Groupe spécial

253. Lorsqu'il établira un Groupe spécial, l'ORD pourra autoriser son président à en définir le mandat en consultation avec les parties au différend. En principe, les Groupes spéciaux auront un mandat type qui est énoncé à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement⁹⁸¹. Ce mandat consiste à « examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le 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 ledit (lesdits) accord(s) »⁹⁸². Le mandat ainsi défini sera communiqué à tous les Membres. Si un mandat autre que le mandat type est accepté, tout Membre pourra soulever toute question à son sujet à l'ORD⁹⁸³.

254. Une fois que l'ORD a établi un Groupe spécial en lui confiant un mandat type, sa composition doit être déterminée car il n'existe pas à l'OMC de Groupes spéciaux permanents ni de personnes appelées à faire partie de Groupes spéciaux à titre permanent⁹⁸⁴.

3. La composition d'un Groupe spécial

255. La composition du Groupe spécial doit être déterminée par sélection ponctuellement pour chaque différend conformément aux procédures énoncées dans le

⁹⁷⁹ É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, op.cit., p.61.

⁹⁸⁰ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, note de bas de page n°7. Disponible en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

⁹⁸¹ Et ce dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du Groupe spécial. Voir l'article 7:1 du Mémoire d'accord.

⁹⁸² L'article 7:1 du Mémoire d'accord. En principe le mandat du Groupe spécial est conforme à la demande d'établissement du Groupe spécial telle que rédigée par la partie plaignante. Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *Annuaire Français de Droit International*, 2005, vol.51, p. 622. D'où l'importance d'indiquer dans la demande d'établissement toutes les mesures et les allégations que le plaignant souhaite voir examinées par le Groupe spécial.

⁹⁸³ L'article 7:1 du Mémoire d'accord.

⁹⁸⁴ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 17 janvier 2017).

Mémorandum d'accord⁹⁸⁵. Généralement, le Groupe spécial est composé de trois personnes, à moins que les parties au différend ne conviennent, dans un délai de dix jours à compter de l'établissement du Groupe spécial, que celui-ci sera composé de cinq personnes⁹⁸⁶. S'agissant des différends sur les ADPIC, la composition du Groupe spécial a toujours été de trois membres⁹⁸⁷.

256. Les personnes susceptibles de faire partie des membres des Groupes spéciaux sont choisies parmi une liste indicative tenue par le Secrétariat de l'OMC⁹⁸⁸. Concrètement, des noms de candidats sont proposés par le Secrétariat aux parties au différend⁹⁸⁹. Ces dernières ne devraient pas en principe s'opposer à ces désignations sauf pour des « *raisons contraignantes* »⁹⁹⁰. Dans ces cas, le Secrétariat propose d'autres noms sans examiner si les raisons données sont réellement contraignantes⁹⁹¹. En cas d'opposition et si aucun accord n'intervient sur la composition du Groupe spécial dans les 20 jours suivant la date de son établissement par l'ORD, c'est le Directeur général de l'OMC, à la demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent, qui déterminera cette composition, après avoir toutefois consulté les parties au différend⁹⁹². Cette démarche a été observée dans quasiment toutes les affaires ADPIC qui ont fait l'objet de procédure de Groupe spécial⁹⁹³. Il en est ainsi dans les affaires

⁹⁸⁵ L'article 8 du Mémorandum d'accord encadre à cet égard la composition, le choix et les critères de choix des membres d'un Groupe spécial. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 17 janvier 2017).

⁹⁸⁶ L'article 8:5 du Mémorandum d'accord.

⁹⁸⁷ En effet, dans les 10 affaires considérées qui ont fait l'objet d'une procédure de Groupe spécial, aucun différend n'a été composé de cinq membres.

⁹⁸⁸ L'article 8:4 du Mémorandum d'accord. Cette liste tenue par le Secrétariat de l'OMC est périodiquement revue en fonction des modifications ou des suggestions présentées par les Membres de l'OMC.

⁹⁸⁹ L'article 8:6 du Mémorandum d'accord.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

⁹⁹² L'article 8:7 du Mémorandum d'accord. L'existence de cette procédure est importante parce qu'elle empêche un défendeur de bloquer toute la procédure de Groupe spécial en retardant (à jamais) la composition du Groupe spécial, ce qui peut arriver parfois dans d'autres systèmes internationaux de règlement des différends. Bien entendu, les parties sont toujours libres de passer plus de 20 jours à essayer de se mettre d'accord sur la composition du Groupe spécial du moment qu'aucune d'entre elles ne demande au Directeur général d'intervenir. OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

⁹⁹³ À l'exception de l'affaire *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS50), où la composition du Groupe spécial n'a pas donné lieu à aucune particularité quelconque. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, WT/DS50/5, Note du Secrétariat, 5 février 1997.

suivantes : *Inde — Brevets (WT/DS79)*⁹⁹⁴ ; *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (WT/DS114)*⁹⁹⁵ ; *États-Unis — Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur (WT/DS160)*⁹⁹⁶ ; *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (WT/DS170)*⁹⁹⁷ ; *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (WT/DS174 et WT/DS290)*⁹⁹⁸ ; *États-Unis — Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)*⁹⁹⁹ ; *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle (WT/DS362)*¹⁰⁰⁰ ; *Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographique et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS434, WT/DS435, WT/DS441, WT/DS458 et WT/DS467)*¹⁰⁰¹.

257. Conformément à l'article 8:1 du Mémorandum d'accord, les membres de Groupes spéciaux « *seront composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales* »¹⁰⁰². Ils devraient être choisis de façon à assurer

⁹⁹⁴ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Communication du Président de l'ORD, Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, WT/DS79/3, 27 novembre 1997.

⁹⁹⁵ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, Note du Secrétariat, WT/DS114/6, 29 mars 1999.

⁹⁹⁶ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, Note du Secrétariat, WT/DS160/6, 6 août 1999.

⁹⁹⁷ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, WT/DS170/3, 25 octobre 1999.

⁹⁹⁸ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis et de l'Australie*, Note du Secrétariat, WT/DS174/21, WT/DS290/19, 24 février 2004.

⁹⁹⁹ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, Note du Secrétariat, WT/DS176/3 27 octobre 2000.

¹⁰⁰⁰ Faute d'accord entre les parties au différend sur la composition du Groupe spécial, celle-ci a été déterminée par le Directeur général en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord. Voir OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, Note du Secrétariat, WT/DS362/8 13 décembre 2007.

¹⁰⁰¹ Voir les documents suivants de l'OMC : *Constitution du groupe spécial établi à la demande de l'Ukraine* (WT/DS434/13, 6 mai 2014) ; *Constitution du groupe spécial établi à la demande du Honduras* (WT/DS435/18, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de la république dominicaine* (WT/DS441/17, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de Cuba* (WT/DS458/16, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de l'Indonésie* (WT/DS467/17, 6 mai 2014).

¹⁰⁰² Ces personnes peuvent être aussi « *des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui*

l'indépendance des membres, à permettre la participation de personnes d'origines et de formations suffisamment diverses, ainsi qu'un large éventail d'expérience¹⁰⁰³. Toutefois, aucun ressortissant d'un Membre partie ou une tierce partie à un différend ne peut être membre d'un Groupe spécial sauf consentement des parties au différend¹⁰⁰⁴. Lorsqu'un différend oppose un pays en développement Membre et un pays développé Membre, le Groupe spécial doit, à la demande du pays en développement Membre, comprendre au moins un ressortissant d'un pays en développement Membre¹⁰⁰⁵. En outre, s'ils siègent pour une affaire donnée, les membres d'un Groupe spécial y siégeront à titre personnel et non en qualité de représentants d'un gouvernement ou d'une organisation¹⁰⁰⁶. Il est d'ailleurs, interdit aux Membres de l'OMC de donner aux membres des Groupes spéciaux des d'instructions ou chercher à les influencer en tant qu'individus en ce qui concerne les questions dont le Groupe spécial est saisi¹⁰⁰⁷.

258. Par ailleurs, si la spécialisation des membres des Groupes spéciaux dans le domaine qu'ils sont appelés à connaître n'est nullement exigé, comme indiqué plus haut, il est intéressant d'observer que dans certaines affaires relatives aux ADPIC, certains membres qui faisaient partie du Groupe spécial et particulièrement ceux qui ont été nommés par le Directeur général de l'OMC, avaient une expertise poussée dans le domaine de la propriété intellectuelle. C'est le cas de M. Mihály Ficsor (ancien directeur général adjoint de l'OMPI) dans l'affaire *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114)¹⁰⁰⁸; de M. Marino Porzio (ancien directeur général adjoint de

ont fait partie du Secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commercial international ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre » (article 8:1 du Mémoire d'accord). En somme, la spécialisation des membres d'un Groupe spécial dans le domaine pour lequel ils sont appelés à trancher un différend n'est nullement exigée.

¹⁰⁰³ L'article 8:2 du Mémoire d'accord. Sur l'indépendance et l'impartialité des membres du Groupe spécial, voir P.-T. Stoll, « L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Coll. Contentieux Internationaux, Paris, Pedone, 2010, pp. 205 et s.

¹⁰⁰⁴ L'article 8:3 du Mémoire d'accord. Cette éviction a un effet considérable dans le cas de l'Union européenne puisque sont alors exclues les nationalités de tous les États membres de l'Union qui sont, à ce jour, au nombre de 28. Ceci est considéré comme un véritable handicap dont les conséquences seront encore plus importantes au fil de l'élargissement de l'Union. Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.735 et la note de bas de page n°64.

¹⁰⁰⁵ L'article 8:10 du Mémoire d'accord.

¹⁰⁰⁶ L'article 8:9 du Mémoire d'accord.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.* Cette indépendance se retrouve également dans leurs frais qui sont mis à la charge du budget de l'OMC. Voir l'article 8:11 du Mémoire d'accord.

¹⁰⁰⁸ OMC, Note du Secrétariat, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, WT/DS114/6, 29 mars 1999. À ce sujet, voir A. Bakardjieva Engelbrekt, "The WTO dispute settlement system and the evolution of international IP law: an institutional perspective", in A. Kur (ed.), with the assistance of Marianne Levin, *Intellectual Property Rights In A Fair World Trade System*:

l'OMPI) et du défunt Sivakant Tiwari (ancien président du groupe intellectuel d'experts en matière de droits de propriété Asia Pacific Economic Co-operation) appelés à traiter l'affaire *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362)¹⁰⁰⁹ ; de M. Arumugamangalam V. Ganesan chargé à connaître le différend *États-Unis — Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹⁰¹⁰ ; de M. François Dessemontet appelé à intervenir dans les différends *États-Unis — Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176)¹⁰¹¹ et *Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage* (WT/DS434, WT/DS435, WT/DS441, WT/DS458 et WT/DS467)¹⁰¹².

259. Pour autant, la non spécialisation dans le domaine de la propriété intellectuelle des membres de Groupe spécial, appelés à trancher un différend relatif aux ADPIC, ne doit pas être regardée comme une faiblesse du système de règlement des différends. Comme le note à juste titre Antonina Bakardjieva Engelbrekt, “*approaching IP issues with the unprejudiced eye of a “generalist” may not necessarily be a disadvantage. To the contrary, it may add a refreshing perspective and contribute to seeing IP law and policy*”¹⁰¹³.

Proposals for Reform of TRIPS, Edward Elgar publishing, 2011, p. 126 ; F.M. Abbott, “Bob Hudec as Chair of the Canada-Generic Pharmaceuticals Panel- The WTO Gets Something Right”, *Journal of International Economic Law*, 2003, n°6, p. 734. Disponible en ligne <http://frederickabbott.com.webmatrix-appliedi.net/Portals/0/Documents/Hudec%20Tribute%20JIEL.pdf>(consulté le 26 janvier 2017).

¹⁰⁰⁹ OMC, Note du Secrétariat, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, WT/DS362/8 13 décembre 2007. Voir également A. Bakardjieva Engelbrekt, “The WTO dispute settlement system and the evolution of international IP law: an institutional perspective”, *op.cit.*, p.126 ; P. K. Yu, “The U.S.–China Dispute over TRIPS Enforcement”, *Intellectual Property Law Center, Occasional Paper Series*, 2010, n°5, p. 15, disponible en ligne: <http://www.law.drake.edu/clinicsCenters/ip/docs/ipResearch-op5.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁰¹⁰ OMC, Note du Secrétariat, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, WT/DS160/6, 6 août 1999.

¹⁰¹¹ Note du Secrétariat, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, WT/DS176/3, 27 octobre 2003.

¹⁰¹² Voir les documents suivants de l'OMC : *Constitution du groupe spécial établi à la demande de l'Ukraine* (WT/DS434/13, 6 mai 2014) ; *Constitution du groupe spécial établi à la demande du Honduras* (WT/DS435/18, 6 mai 2014) ; *Constitution du groupe spécial établi à la demande de la république dominicaine* (WT/DS441/17, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de Cuba* (WT/DS458/16, 6 mai 2014) ; *Constitution du Groupe spécial établi à la demande de l'Indonésie* (WT/DS467/17, 6 mai 2014).

¹⁰¹³ A. Bakardjieva Engelbrekt, “*The WTO dispute settlement system and the evolution of international IP law: an institutional perspective*”, *op.cit.*, p.127. L'auteur cite l'affaire *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), dans laquelle M. Robert Hudec (président du Groupe spécial) a donné une vision diversifiée du problème. Selon l'auteur, “*in memory of the respected professor of international trade law, Robert Hudec, made a passionate defence for the incorporation of more diversified expertise in IP- related disputes*” (*ibid*). Sur le sujet, voir le commentaire de M.F.M. Abbott, “Bob Hudec as Chair of the Canada - Generic Pharmaceuticals Panel - The WTO Gets Something Right”, *op.cit.*, pp. 733-737.

B. La compétence et le fonctionnement d'un Groupe spécial

260. La compétence (1) et le fonctionnement d'un Groupe spécial (2) seront successivement traités et analysés en lien avec la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC ayant déjà fait l'objet de cette procédure.

1. La compétence d'un Groupe spécial

261. Deux aspects importants doivent être impérativement analysés lorsqu'on aborde la question de la compétence du Groupe spécial. Le premier a trait aux limites fixées par le Mémoire d'accord quant à sa compétence pour apprécier la conformité d'une mesure présumée incompatible, en l'occurrence avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC (a). Le deuxième, et c'est le plus important en matière de compétence, est celui du droit applicable¹⁰¹⁴ au règlement des différends (b).

a. Les limites de la compétence d'un Groupe spécial

262. Une fois mis en place, le Groupe spécial existe désormais en tant qu'organe collégial et peut commencer ses travaux¹⁰¹⁵. La compétence d'un Groupe spécial pour entendre une affaire lui est reconnue dans son mandat¹⁰¹⁶. Il doit donc s'en tenir uniquement aux allégations qu'il est habilité à examiner en vertu de son mandat¹⁰¹⁷. L'examen d'une autre

¹⁰¹⁴ Par droit applicable, il est entendu ici toutes les règles juridiques nécessaires pour fournir une réponse aux questions de droit qui ont été soulevées dans la demande soumises aux organes de règlement des différends de l'OMC. En ce sens, A. Tracredi, « OMC et coutume(s) », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Colloque de Nice des 24-25 juin 2010, Paris, A. Pedone, 2012, p. 93.

¹⁰¹⁵ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

¹⁰¹⁶ P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *op.cit.*, p. 45. Voir le rapport précité 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, par. 87 citant le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée* WT/DS22/AB/R, distribué le 21 février 1997, p. 23.

¹⁰¹⁷ Dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC, les Groupes spéciaux se sont montrés soucieux de respecter strictement leurs compétences et d'examiner uniquement les questions qui leur ont été posées. Tel a été le cas dans l'affaire *Chine — Droit de propriété intellectuelle* (WT/DS362), où le Groupe spécial a émis une remarque finale à la fin de son rapport, selon laquelle « 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 [...] de la question de savoir si ces insuffisances alléguées étaient incompatibles avec ces dispositions particulières de

allégation que celle qui fait l'objet de son mandat peut être sanctionné par l'Organe d'appel, même si cette allégation particulière s'avérait pertinente au cours de la procédure¹⁰¹⁸. C'est ce qui est d'ailleurs arrivé dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50) où le Groupe spécial s'est prononcé sur une allégation subsidiaire formulée au titre de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC qui ne figurait pas dans son mandat¹⁰¹⁹. L'Organe d'appel a infirmé les conclusions relatives à cette allégation estimant qu'« un groupe spécial ne peut pas assumer une compétence qu'il n'a pas »¹⁰²⁰. Brièvement dit, dans l'exercice de leur mandat, les Groupes spéciaux doivent se tenir aux questions dont ils sont saisis. Ils ne leurs appartiennent pas d'aller au-delà de ce qui leur est demandé.

l'Accord sur les ADPIC » (rapport précité du Groupe spécial *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362/R, par. 8.5).

¹⁰¹⁸ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 816.

¹⁰¹⁹ En l'espèce, un Groupe spécial a en effet été établi pour examiner une plainte des États-Unis contre l'Inde. Les États-Unis alléguaient que l'Inde n'avait pas institué un mécanisme de dépôt de demandes de brevets conformément à l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. L'Inde avait répondu à cet argument en évoquant l'existence d'une instruction administrative dans ce sens. Les États-Unis ont alors invoqué une violation de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC énonçant une obligation générale de transparence que l'Inde aurait violée. L'Inde a demandé au Groupe spécial de rejeter l'allégation concernant la transparence parce que, selon elle, elles ont été présentées trop tard pour être acceptées comme des allégations valables formulées devant le Groupe spécial. En effet, les États-Unis n'avaient pas inclus l'allégation au titre de l'article 63 relative à la transparence dans leur demande d'établissement d'un Groupe spécial. Ils n'ont invoqué l'article 63 à titre d'allégation subsidiaire qu'au moment de leur déclaration orale à la première réunion de fond des parties avec le Groupe spécial. Les États-Unis avaient fait valoir que, pendant les consultations entre les parties au différend, l'Inde n'avait pas révélé l'existence d'instructions administratives pour le dépôt de demandes suivant le système de la boîte aux lettres pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques de l'agriculture, et que par conséquent, ils n'avaient pas pu inclure d'allégation subsidiaire au titre de l'article 63 dans leur demande d'établissement d'un Groupe spécial. En examinant cette question, le Groupe spécial a fait droit à la demande des États-Unis, estimant qu'il est « déraisonnable d'affirmer que les États-Unis auraient dû prévoir à l'avance la ligne de défense particulière de l'Inde et auraient dû inclure leur allégation subsidiaire relative à la transparence dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial ou dans leur première communication écrite » (rapport précité du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, par. 7.14 et 7.11 à 7.15).

¹⁰²⁰ Rapport précité 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, par. 92. Selon l'Organe d'appel « l'article 63 ne relevait pas de la compétence du Groupe spécial, telle qu'elle était définie par son mandat. Par conséquent, le Groupe spécial n'était pas habilité à examiner l'allégation subsidiaire formulée par les États-Unis au titre de l'article 63 » (*ibid.*). Cette position est critiquée, notamment, par Jacques Werner pour qui "if the rejection of the additional interpretative criteria developed by the Panel is coherent with the Appellate Body's determination to prevent any extension of the TRIPS substantive provisions through judicial interpretation, the Appellate Body's reversal of the Panel's decision that the subsidiary claim based on Article 63 was within its jurisdiction appears to proceed from an excessively rigid position which serves really no clear purpose. No substantive obligation or right of parties was at stake here, only the possibility for the complaining party, during the first substantive hearing, to file an additional claim in response to a defence which had not been previously raised. If the Appellate Body's concern that the Dispute Settlement Body should know exactly the claims being made when deciding the establishment of a panel is understandable, the inherent dynamic to any judicial process, as rightly pointed out by the Panel, should not be ignored to the point where a claim obviously connected with those listed in the terms of reference is not admitted. If such was to remain the situation, then the only solution would be for the complaining party to re-file the case, this time based on the previously non-admitted claim. This would burden the dispute settlement process, and benefit no one" (J. Werner, "The TRIPS Agreement under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India", *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol.1, issue 2, p. 319).

263. En outre, dans son examen, le Groupe spécial est également délimité par l'article 11 du Mémoire d'accord, en vertu duquel il est tenu de « *procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* »¹⁰²¹.

264. Dans le cadre de cette évaluation objective des faits de la cause, le Groupe spécial « *a pour fonction de déterminer les faits de la cause et d'établir des constatations de fait* »¹⁰²². L'Organe d'appel a indiqué dans l'affaire *Communautés européennes — Hormones* que cette « *obligation de procéder à une évaluation objective des faits est notamment une obligation d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial et d'établir des constatations factuelles sur la base de ces éléments de preuve* »¹⁰²³. Dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*, pour procéder à une évaluation objective de la compatibilité du mécanisme indien de boîte aux lettres avec l'Accord sur les ADPIC, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a jugé nécessaire d'analyser les aspects pertinents de la législation indienne sur les brevets¹⁰²⁴. Cette façon de faire a été contestée par la partie défenderesse (l'Inde). Cependant, l'Organe d'appel a approuvé la démarche du Groupe spécial et a souligné que le « *Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne "comme telle" ; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC* » en

¹⁰²¹ Dans l'affaire *États-Unis — Fils de coton*, l'Organe d'appel a précisé que « *l'article 11 du Mémoire d'accord énonce [...] le critère d'examen que les groupes spéciaux doivent appliquer dans les différends relevant des accords visés* » (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan* (titre abrégé, *États-Unis — Fils de coton*), WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001, par. 68. Dans l'affaire *Communautés européennes — Hormone*, l'Organe d'appel a déterminé que ce critère d'examen consiste « *à la fois l'établissement des faits et la qualification juridique de ces faits en vertu des accords pertinents* » (rapport de l'Organe d'appel, *Communauté européenne — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, (titre abrégé, *CE — Hormones*), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, par. 116). Toutefois, l'Accord antidumping prévoit, à son article 17:6 un critère d'examen distinct. Sur ce critère, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., pp. 843-859 ; G. Marceau, « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l'OMC », op.cit., p. 44.

¹⁰²² Rapport de l'Organe d'appel, *Corée — Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000, par. 137. Le Groupe spécial est même surnommé par l'Organe d'appel de « *juge des faits* ». Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Chili — Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002, par. 224.

¹⁰²³ Rapport précité de l'Organe d'appel, *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 133. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a considéré qu'« *ignorer de propos délibéré ou refuser d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec l'obligation de ce dernier de procéder à une évaluation objective des faits. De même, fausser ou déformer intentionnellement les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec une évaluation objective des faits* » (ibid).

¹⁰²⁴ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, (Plainte des États-Unis)*, WT/DS50/R, par. 7.34.

ajoutant que « *dire que le Groupe spécial aurait dû agir autrement reviendrait à dire que seule l'Inde peut déterminer si sa législation est compatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC. Or, il est évident qu'il ne peut pas en être ainsi* »¹⁰²⁵.

265. Outre l'établissement des faits, les Groupes spéciaux doivent, en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, déterminer l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et évaluer la conformité des faits ou de la mesure contestée avec ces dispositions. Les Groupes spéciaux sont également tenus à cet égard par une règle d'objectivité et d'impartialité¹⁰²⁶. Aussi, leur interprétation juridique des dispositions des accords visés pertinents doit être guidée par les « *règles coutumières d'interprétations du droit international public* »¹⁰²⁷, lesquelles sont ancrées dans les règles pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969¹⁰²⁸. Cette démarche d'interprétation doit aussi se limiter à donner un sens aux règles de droit et ne pas aller jusqu'à créer de nouvelles règles, ce qui est la prérogative des Membres de l'OMC par voie de négociation¹⁰²⁹. Autrement dit, lorsqu'ils évaluent la compatibilité des mesures contestées avec les règles de l'OMC, les Groupes spéciaux ont pour compétence de clarifier et non pas de légiférer¹⁰³⁰. Ils doivent ainsi veiller à ce que toute approche interprétative qu'ils pourraient appliquer respecte l'équilibre de l'acquis négocié des droits et obligations des Membres, comme l'exigent les articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord¹⁰³¹. L'idée directrice, comme l'a noté le Professeur Hélène Ruiz Fabri, est que l'interprète reste « *au service du texte et au service de l'équilibre voulu par les négociateurs* »¹⁰³².

D'ailleurs, lorsqu'un Groupe spécial adopte une position trop activiste, l'Organe d'appel, comme deuxième instance, est là pour jouer le rôle de contrôleur et de garant du respect de l'équilibre des droits et obligations initialement négociés par les Membres. Les propos de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)* constituent un exemple frappant d'une telle remise à l'ordre et de mise en garde contre toute interprétation activiste de

¹⁰²⁵ Rapport précité de l'Organe d'appel, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, par. 66.

¹⁰²⁶ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 859.

¹⁰²⁷ L'article 3:2 du Mémoire d'accord.

¹⁰²⁸ Voir *infra*, §619 et s.

¹⁰²⁹ OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, Suisse, 2007, p. 302.

¹⁰³⁰ Voir J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 143.

¹⁰³¹ Les Groupes spéciaux tiendront compte de cette règle du fait que l'article 3:2 du Mémoire d'accord prévoit que « *les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés*. En outre, l'article 19:2 dispose également que « [...] dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits ou obligations énoncés dans les accords visés ».

¹⁰³² H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, n°1, p. 85.

l'Accord sur les ADPIC¹⁰³³. De manière très argumentée, l'Organe d'appel a écarté l'avis du Groupe spécial selon lequel « *les attentes légitimes des Membres et des détenteurs de droits privés concernant les conditions de concurrence doivent toujours être prises en considération lorsqu'il s'agit d'interpréter l'Accord sur les ADPIC* »¹⁰³⁴. Selon l'Organe d'appel, « *les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même. Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties* » conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à la Convention de Vienne, sans « *qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus* »¹⁰³⁵. Poursuivant son raisonnement, l'Organe d'appel a indiqué, en se basant sur les articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord, qu'« *aussi bien les groupes spéciaux que l'Organe d'appel [...] ne doivent pas accroître ou diminuer les droits et obligations prévus dans l'Accord sur l'OMC* »¹⁰³⁶. Cette décision devrait assurer qu'à l'avenir, les Groupes spéciaux ne créent pas de nouvelles obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC en se fondant sur des concepts juridiques qui n'y étaient pas prévus¹⁰³⁷.

¹⁰³³ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 658.

¹⁰³⁴ Rapport précité 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, par. 48.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, par. 45.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, par. 46. À la réunion de l'ORD tenue le 16 janvier 1998, dans le contexte de l'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel rendus sur cette affaire, le représentant de l'Inde a déclaré que « *les interprétations destinées à combler des lacunes et la création d'obligations supplémentaires étaient du ressort des Membres et non des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel* » (ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 16 janvier 1998*, WT/DSB/M/40, 18 février 1998, p. 9). Concrètement, cette controverse recoupe l'opposition traditionnelle entre « activistes » (qui favorise une interprétation en tenant compte de l'objet et le but de la loi) et « constructionnistes » (qui considèrent qu'une loi doit être interprétée à la lettre et qui ne reconnaissent rien de ce qui n'est pas exprimé littéralement). Jacques Werner souligne à cet égard que « *The Anglo-American judicial philosophy knows of the traditional opposition between the "strict constructionists" who consider that a statute has to be interpreted to the letter and who recognize nothing that is not expressed literally, and the judicial activists who favour an interpretation taking into account the object and purpose of a statute, derived from the historical intention of the legislators, from the circumstances which prompted its adoption, or from the text itself, and want the statute applied to cases which are within the spirit of the law, even when not expressly covered by the text itself* » (J. Werner, "The TRIPS Agreement under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India", *op.cit.*, p. 318).

¹⁰³⁷ En ce sens, L. Ferera, "First WTO decision on TRIPs: India - patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products", *European Intellectual Property Review*, 1998, 20(2), p. 73. Sur les risques d'une interprétation laxiste ou activiste de l'Accord sur les ADPIC, voir *infra*, § 771 et s.

b. Le droit applicable

266. Dans le cadre du règlement des différends de l'OMC, le droit applicable est limité uniquement aux « accords visés »¹⁰³⁸, qui constituent la *lex specialis* sur laquelle le règlement des différends doit se fonder¹⁰³⁹. Ces limites ressortent clairement des articles 7:1 et 11 du Mémoire d'accord qui réfèrent explicitement aux « accords visés » dans la définition du mandat et de la fonction des Groupes spéciaux¹⁰⁴⁰. Il existe d'autres articles du Mémoire d'accord qui font référence « aux accords visés », entre autres, le paragraphe 4 de l'article 3 qui énonce qu'« en formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et **des accords visés** »¹⁰⁴¹. Le paragraphe 5 du même article ajoute que « toutes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions **des accords visés** relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs »¹⁰⁴².

267. En somme, les organes de règlement des différends ne peuvent se prononcer qu'au regard de ces accords visés composant le droit matériel de l'OMC¹⁰⁴³. Aucun autre droit

¹⁰³⁸ À savoir les accords énumérés à l'Appendice 1 du Mémoire d'accord (article 1 du Mémoire d'accord. Voir *supra*, §35.

¹⁰³⁹ L. Boisson De Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *op.cit.*, p. 952. Selon l'auteur, « les droits et obligations à l'OMC ont fait l'objet d'une négociation minutieuse entre États, et par conséquent les organes de règlement des différends y compris les arbitres, ne sauraient exercer leur *jurisdictio* en dehors du cadre normatif des Accords de l'OMC » (*ibid.*).

¹⁰⁴⁰ Voir J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p.150. L'article 7:1 consacré au mandat des Groupe spéciaux indique que « les groupes spéciaux auront le mandat ci-après [...]: "Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le 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 ledit (lesdits) accord(s)". L'article 11 consacré aux mandat des groupes spéciaux précise que le Groupe spécial « procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et 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** ». Caractères gras ajoutés.

¹⁰⁴¹ Caractères gras ajoutés.

¹⁰⁴² Caractères gras ajoutés. Il en existe d'autres articles, voir par exemples les articles 3:7, 3:8, 19:1, 22:2 et 22: 9 du Mémoire d'accord. Voir J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 149.

¹⁰⁴³ P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. – Droit institutionnel », *op.cit.*, §56. En effet, les Groupes spéciaux chargés du règlement des différends (et l'Organe d'appel) ont pour mandat d'appliquer uniquement comme droit matériel le droit de l'OMC, à savoir les accords visés. Dans l'affaire *Communautés européennes — Volailles*, l'Organe d'appel a clairement indiqué que la compatibilité de la mesure contestée avec les règles de l'OMC « doit être déterminée au regard des dispositions des accords visés » (rapport

international n'est donc applicable à cet effet¹⁰⁴⁴. Le « juge de l'OMC »¹⁰⁴⁵ n'est ainsi censé régler les différends qu'en référence au droit de l'OMC, même si les parties n'hésitent pas à invoquer d'autres règles internationales pour justifier des mesures incompatibles avec le droit de l'OMC¹⁰⁴⁶. Ce faisant, le système de règlement des différends de l'OMC se distingue de la Cour internationale de justice. En effet, dans le cadre de cette Cour, le droit applicable par défaut est indiqué à l'article 38.1) de son Statut, qui est considéré comme l'énoncé faisant autorité de ce qui constitue le droit international dans son ensemble¹⁰⁴⁷.

268. Toutefois, la question du droit applicable au règlement des différends de l'OMC est très controversée dans la doctrine¹⁰⁴⁸. Pour certains auteurs, le Mémoire d'accord ne pose aucune restriction sur les sources de droit international applicables dans un différend à l'OMC¹⁰⁴⁹. D'autres auteurs ont considéré que l'expression contenue dans l'article

de l'Organe d'appel, *Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (titre abrégé, CE — *Volailles*), WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998, par. 115).

¹⁰⁴⁴ Même s'il est vrai que l'OMC fait partie du droit international. En ce sens, J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 147 et 148.

¹⁰⁴⁵ L'expression est employée par le professeur Hélène Ruiz Fabri pour désigner aussi bien les Groupes spéciaux que l'Organe d'appel. Voir H. Ruiz Fabri, « Le juge de l'OMC : Ombres et lumière d'une figure judiciaire singulière », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, n°1, p. 40.

¹⁰⁴⁶ P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. – Droit institutionnel », *op.cit.*, §56.

¹⁰⁴⁷ J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 148. En effet, l'article 38:1) du Statut de la Cour internationale de justice, stipule que « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

¹⁰⁴⁸ J. Pauwelyn, "How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law? Questions of Jurisdiction and Merits", *Journal of World Trade*, 2003, vol. 37, issue 6, pp. 997-1030 ; du même auteur, "The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? ", *American Journal of International Law*, 2001, vol.95, issue 3, pp. 535-578, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=faculty_scholarship (consulté le 16 janvier 2016) ; J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 145-151 ; L. Bartels, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, 2001, vol.35(3), pp. 499-519 ; D. Palmeter & P. C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *op.cit.*, pp. 398-399.

¹⁰⁴⁹ Il s'agit plus particulièrement de Lorand Bartels, David Palmeter et Petros C. Mavroidis. Le premier, Lorand Bartels, a avancé que le Mémoire d'accord ne contient pas de dispositions excluant a priori l'application de sources de droit international dans un différend porté devant l'OMC. Dans cette situation, selon l'auteur toutes les sources de droit international doivent être acceptées comme potentiellement applicables à la procédure de règlement des différends de l'OMC. Il poursuit son raisonnement en indiquant que les articles 3:2 et 19:1 du Mémoire d'accord tiennent lieu de règles de conflit, garantissant que les accords visés prévalent sur toute autre norme en cas d'incompatibilité (L. Bartels, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", *op.cit.*, pp. 504-509). Quant à David Palmeter et Petros C. Mavroidis, ils ont soutenu que les accords visés constituent bien "the fundamental source of law in WTO", mais ces accords "do not exhaust the sources of potentially relevant law". Prenant appui sur les articles 3:2 et 7:1 du Mémoire d'accord, ces auteurs intègrent les sources du droit international contenues dans l'article 38:1 du Statut de la Cour internationale de justice, c'est-à-dire les conventions internationales (générales ou spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige) ; la coutume internationale ; les principes généraux de droit

3:2 du Mémorandum d'accord, selon laquelle les règles de l'OMC doivent être interprétées conformément aux « règles coutumières d'interprétation du droit international public », ouvrirait la porte, par le biais de l'article 31:3) de la Convention de Vienne, à l'application d'autres règles que celles découlant des « accords visés »¹⁰⁵⁰. Cependant, cette dernière thèse donne une conception très large du « droit applicable », allant à confondre, pour reprendre les termes de Véronique Guèvremont « application du droit » et « interprétation du droit »¹⁰⁵¹. Il est certes avéré que, par le biais de l'article 31:3) de la Convention de Vienne, les sources externes à l'OMC peuvent trouver application dans le cadre d'un différend par les organes de règlement¹⁰⁵² mais uniquement aux fins d'interprétation du droit de l'OMC conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord¹⁰⁵³ et non pas en tant que droit applicable qui doit être, rappelons-le, fondé absolument sur le seul droit de l'OMC¹⁰⁵⁴.

269. Le Mémorandum d'accord range l'Accord sur les ADPIC dans la liste des accords visés. Cela signifie que l'ensemble des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, y compris celles des Conventions de Berne, de Paris et celles du Traité de Washington auxquelles l'accord renvoie, constituent le droit applicable dans le contexte d'un différend relatif aux ADPIC¹⁰⁵⁵. Il convient toutefois de noter que si des modifications ont été apportées aux conventions relatives à la protection de la propriété intellectuelle auxquelles l'Accord sur les ADPIC fait référence, les organes de règlement ne doivent se tenir qu'aux versions des

reconnus par les nations civilisées ; les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Voir D. Palmeter & P.C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *op.cit.*, pp. 398-399.

¹⁰⁵⁰ Cette thèse est soutenue par Joost Pauwelyn dans son article "How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law? Questions of Jurisdiction and Merits", *op.cit.*, pp. 1000-1001. À ce sujet, voir V. Guèvremont, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Coll. Mondialisation et droit international, Bruylant, 2013, pp. 171-172.

¹⁰⁵¹ V. Guèvremont, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *Mondialisation et droit international*, *op.cit.*, p. 172.

¹⁰⁵² Sur cette disposition, voir *infra*, § 645 et s.

¹⁰⁵³ Dans son tout premier rapport, l'Organe d'appel posera ainsi sous la forme d'un énoncé très général, que le droit de l'OMC ne doit pas être interprété *en* « l'isolant cliniquement du droit international public » (rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (titre abrégé, *États-Unis — Essence*), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, p. 19).

¹⁰⁵⁴ Comme l'indique Joel Trachtman, il ne faut pas confondre le recours au droit international général pour l'interprétation du droit de l'OMC et le recours au droit international général en tant que droit applicable. Ce sont deux choses distinctes. Voir J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 146-147. Sur cette distinction, voir G.ourgourinis, "The distinction between interpretation and application of norms in international adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 2(1), p. 38.

¹⁰⁵⁵ Comme l'écrivent David Palmeter et Petros C. Mavroidis, "The texts of several covered agreements explicitly refer to other international agreements, which may therefore serve as direct sources of law in WTO dispute settlement proceedings. These include the major international intellectual property conventions, the Paris Convention (1967), the Bern Convention (1971), the Rome Convention, and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits, as provided for by the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)" (D. Palmeter & P. C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *op.cit.*, p. 409).

textes de ces conventions telles qu'elles sont notées dans ledit accord lors de sa conclusion en 1994¹⁰⁵⁶. Ainsi, toute modification de la Convention de Berne ou de Paris ne pourrait pas être utilisée en tant que droit applicable. Comme le soutiennent David Palmeter et Petros C. Mavroidis, "*any rights and obligations negotiated later by the party to intellectual property conventions would not affect WTO rights and obligations and thus would not be sources of WTO law*"¹⁰⁵⁷. La prise en compte peut se faire uniquement si les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC en auraient manifesté clairement leur volonté à cet égard¹⁰⁵⁸.

2. Le fonctionnement d'un Groupe spécial

270. Avant d'aborder le mode de fonctionnement du Groupe spécial quant à l'évaluation de la compatibilité des mesures contestées avec les règles de l'Accord sur les ADPIC (b), il convient d'abord de savoir à qui revient la charge de la preuve dans le contexte d'un différend relatif aux ADPIC (a).

a. La charge de la preuve

271. Dans le règlement d'un différend relatif aux ADPIC, comme tout différend relevant des Accords de l'OMC, il y a lieu de remarquer que ni le Mémoire d'accord, ni les procédures de travail des Groupes spéciaux figurant à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord ne contiennent des règles traitant la charge de la preuve. De ce fait, l'Organe d'appel a indiqué à l'occasion de l'affaire *États-Unis — Chemisiers et blouses, de laine*¹⁰⁵⁹ qu'« un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit

¹⁰⁵⁶ Ce raisonnement est confirmé par la note de bas de page numéro 2 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁰⁵⁷ D. Palmeter & P. C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *op.cit.*, p. 410.

¹⁰⁵⁸ Voir, *supra*, § 126.

¹⁰⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine, tissés en provenance d'Inde* (titre abrégé, *États-Unis — Chemisiers et blouses, de laine*), WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997.

pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption »¹⁰⁶⁰. En somme, il appartient à la partie qui affirme un fait d'en apporter la preuve¹⁰⁶¹.

272. Ainsi, par exemple, lorsque l'allégation de violation porte sur des allégations d'incompatibilité de la législation d'un Membre de l'OMC avec ses obligations résultant de l'Accord sur les ADPIC, c'est au plaignant de fournir un commencement de preuve du bien-fondé de ses allégations. Il appartient ensuite à la partie défenderesse de réfuter ces allégations en démontrant que la manière dont elle applique ou interprète sa législation n'est pas incompatible avec ses engagements au titre de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), c'était les États-Unis qui alléguaient une violation par l'Inde de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. Il appartenait donc, selon le Groupe spécial examinant l'affaire, aux États-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer que la mesure prise par l'Inde est incompatible avec les obligations que celle-ci tient de l'article 70:8. Après examen, le Groupe spécial a considéré que les États-Unis ont présenté de manière concluante ces éléments de preuve et arguments. Dès lors, il incombe ensuite à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments pour réfuter l'allégation¹⁰⁶².

273. S'agissant des éléments de preuves pouvant être fournies, notamment lorsqu'une mesure est contestée « *en tant que telle* », il est intéressant de constater que la mesure, telle qu'elle est rédigée, est suffisante en elle-même si son libellé est clair. Ainsi en est-il par exemple de l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362). En l'espèce, les États-Unis alléguaient 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 phrase¹⁰⁶³. La Chine (partie adverse) a souligné que la charge de prouver cette allégation « *en tant que telle* » incombe aux États-Unis et que le seul élément de preuve présenté est le texte

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, page 16.

¹⁰⁶¹ Pour plus de détails sur les règles de la preuve à l'OMC, voir É. White, « Les règles de la preuve à l'OMC », *Les notes bleues de Bercy*, n°186, disponible en ligne: http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/regle.htm (consulté le 16 janvier 2016) ; S. Andersen, « Administration des éléments de preuves dans les procédures de règlement des différends à l'OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 192-206 ; H. Ghérari, « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Paris, Pedone, 2007, pp. 69-95 ; J. Ngamb, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 597 p.

¹⁰⁶² Rapport du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/R, par. 7.40.

¹⁰⁶³ Rapport du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (titre abrégé, *Chine — Droits de propriété intellectuelle*), WT/DS362/R, adopté le 20 mars 2009, par. 7.16.

même de l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur¹⁰⁶⁴. Après avoir noté que l'allégation des États-Unis 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 »¹⁰⁶⁵, le Groupe spécial a considéré que ladite mesure est suffisamment claire pour permettre de conclure que les États-Unis ont établi *prima facie* l'incompatibilité¹⁰⁶⁶.

274. Par ailleurs, lorsque le Membre défendeur invoque des moyens de défense affirmatifs, la charge de la preuve lui incombe. C'est le cas d'ailleurs de certaines affaires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, en l'occurrence *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹⁰⁶⁷ ; *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114)¹⁰⁶⁸ et *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie WT/DS290)¹⁰⁶⁹, où il est invoqué des clauses d'exceptions à titre de défense. Dans de tels cas, il appartient au Membre qui invoque l'exception de prouver le bien-fondé de l'affirmation, c'est-à-dire de montrer que les conditions de recevabilité de l'exception invoquée sont bien remplies¹⁰⁷⁰.

b. Le mode de fonctionnement

275. En règle générale, les Groupes spéciaux suivent les procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3 du Mémoire d'accord, mais ils peuvent en décider autrement après avoir consulté les parties au différend¹⁰⁷¹. De manière générale, le mode de

¹⁰⁶⁴ *Ibid*, par. 7.140.

¹⁰⁶⁵ *Ibid*, par. 7.28.

¹⁰⁶⁶ *Ibid*, par.7.41-7.142.

¹⁰⁶⁷ 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, par. 6.9 à 6.16.

¹⁰⁶⁸ Rapport du Groupe spécial *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (titre abrégé, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*), WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000, par. 7.16.

¹⁰⁶⁹ Rapport précité 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, par. 7.645 et rapport précité 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, par. 7.645.

¹⁰⁷⁰ Sur l'examen du test validant ou non l'admissibilité des exceptions invoquées comme moyen de défense, voir *infra*, §679.

¹⁰⁷¹ L'article 12:1 du Mémoire d'accord. L'une de leurs premières tâches est d'établir un calendrier pour leurs travaux (article 12:3 du Mémoire d'accord). En cas d'urgence, y compris dans les cas où il s'agit de biens périssables, les Groupes spéciaux ne ménageront aucun effort pour accélérer la procédure dans toute la mesure du possible (article 9:4 du Mémoire d'accord). Dans l'affaire *Canada — Durée d'un brevet* (WT/DS170), par exemple bien qu'il n'ait pas été en mesure d'accélérer la procédure, comme les États-Unis le lui avaient demandé conformément à l'article 4: 9 du Mémoire d'accord (en invoquant les torts irréparables que subissaient les titulaires de brevets visés par la mesure canadienne), le Groupe spécial, avec l'accord du Canada, a établi son calendrier en fonction des délais minimaux proposés à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord.

fonctionnement des Groupes spéciaux emprunte aux deux grands systèmes de droit : la *Common Law* et le droit civil¹⁰⁷².

276. Dans un premier temps, reprenant les principes de la *common Law*, le Groupe spécial reçoit et évalue les arguments et les éléments de preuve présentés par les parties au regard des accords pertinents¹⁰⁷³. Il reçoit aussi les observations des tierces parties qui ont informé au préalable l'ORD de leur intérêt dans l'affaire¹⁰⁷⁴. En général, la communication de la partie plaignante consiste à établir que l'allégation de violation est justifiée. La partie mise en cause s'efforce le plus souvent de réfuter les allégations et les arguments factuels et juridiques avancés par le plaignant. Quant à celles des tierces parties, et à la différence des communications des parties, elles sont souvent limitées à quelques pages, et contiennent des observations sur les arguments factuels et juridiques des parties¹⁰⁷⁵.

277. Dans un second temps, le Groupe spécial jouit du pouvoir de mener des investigations dans la plus pure tradition des pays de droit civil¹⁰⁷⁶. À ce titre, le Groupe

Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet* (titre abrégé, *Canada – Durée d'un brevet*), WT/DS170/R, par. 1.5.

¹⁰⁷² J. Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁷³ *Ibid.* De manière sommaire, le Groupe spécial se réunit en séance privée. Les parties au différend, et les parties intéressées, assisteront aux réunions uniquement lorsque le Groupe spécial les y invitera (paragraphe 2 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord). En principe, le Groupe spécial se réunit avec les parties à deux reprises. Avant la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, ces dernières doivent remettre au Groupe spécial leurs exposés écrits « soumissions » dans lesquels elles présentent les faits de la cause et leurs arguments respectifs (paragraphe 4 de l'appendice 3 du Mémoire d'accord). La partie plaignante présentera sa première communication avant celle de la partie défenderesse, à moins que le Groupe spécial ne décide que les parties devraient présenter leurs premières communications simultanément (article 12:6 du Mémoire d'accord). Lors de cette première réunion de fond avec les parties, le Groupe spécial demandera à la partie qui a introduit la plainte de présenter son dossier, puis, pendant la même séance, la partie mise en cause sera invitée à exposer ses vues (paragraphe 5 de l'appendice 3 du Mémoire d'accord). Les réfutations formelles seront par ailleurs présentées lors d'une deuxième réunion de fond du Groupe spécial ; avant cette réunion, les parties doivent les présenter par écrit. La partie mise en cause a alors le droit de prendre la parole avant la partie plaignante (paragraphe 7 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord). Le Groupe spécial pourra à tout moment poser des questions aux parties et leur demander de donner des explications, soit lors d'une réunion avec elles, soit par écrit (paragraphe 8 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord). Comme toutes les réunions, celle-ci se tient au siège de l'OMC à Genève et ressemble à une audience devant un tribunal, quoique dans un cadre plus informel. Toutes les communications présentées au Groupe spécial sont confidentielles. En revanche, aucune disposition du Mémoire d'accord n'empêche une partie à un différend de communiquer au public ses propres positions (article 18:2 du Mémoire d'accord et paragraphe 3 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord).

¹⁰⁷⁴ En effet, toutes les tierces parties qui auront informé l'ORD de leur intérêt dans l'affaire seront invitées par écrit à présenter leurs vues au cours d'une séance de la première réunion de fond du Groupe spécial réservée à cette fin. Elles pourront être présentes pendant toute cette séance (paragraphe 6 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord).

¹⁰⁷⁵ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p3_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

¹⁰⁷⁶ J. Burda « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *op.cit.*, p. 20 ; A. Hiaring, "Fish or Fowl? The Nature of WTO Dispute Resolution under TRIPS", *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2006, vol. 12, issue. 1, Article 11, p. 277, en ligne :

spécial a le droit, au regard de l'article 13 du Mémoire d'accord, de demander des renseignements ou des avis techniques « à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié ». Il peut aussi « demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question ». C'est d'ailleurs en vertu de ce pouvoir que les Groupes spéciaux ont demandé des renseignements factuels au Bureau international de l'OMPI¹⁰⁷⁷ à propos de dispositions contenues dans des conventions que cette dernière administre et auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie¹⁰⁷⁸. Ainsi, des renseignements ont été demandés à propos de la Convention de Berne concernant les dispositions pertinentes pour les affaires suivantes : *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹⁰⁷⁹ et *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362)¹⁰⁸⁰. Il en est de même pour la Convention de Paris concernant les affaires ci-après : *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290)¹⁰⁸¹ et *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176)¹⁰⁸².

<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=annlsurvey> (consulté le 16 janvier 2017).

¹⁰⁷⁷ C'est ce Bureau international de l'OMPI qui est en effet chargé de l'administration de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et même d'autres conventions relatives à la propriété intellectuelle.

¹⁰⁷⁸ Khlestov Nikolay souligne que l'OMPI est la seule instance qui détient des informations complètes et poussées sur ces conventions. N. Khlestov, "WTO-WIPO Co-operation: Does it Have a Future?", *op.cit.*, p. 562.

¹⁰⁷⁹ Dans cette affaire, le Groupe spécial a demandé au Bureau international de l'OMPI de lui fournir des renseignements factuels sur certaines dispositions -pertinentes en l'espèce- de l'Acte de Paris de 1971 de la Convention de Berne, incorporées à l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9:1 dudit accord. Le Bureau international de l'OMPI a communiqué ces renseignements par une lettre datée du 22 décembre 1999. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 1.7.

¹⁰⁸⁰ Dans cette affaire, une lettre a été dressée au Bureau international de l'OMPI par le Groupe spécial 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. La réponse du Bureau international est parvenue au Groupe spécial et au Secrétariat de l'OMC le 7 juin 2008. 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). Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 2.7 à 2.9.

¹⁰⁸¹ Dans ces affaires, le Groupe spécial a demandé, à titre d'assistance, de lui fournir tout renseignement factuel dont le Bureau disposait concernant l'interprétation de certaines dispositions de la Convention de Paris. Il indiquait également qu'il souhaitait obtenir des renseignements factuels sur la façon dont la question de la détermination du titulaire d'une marque pouvait être abordée au cours de la négociation de la Convention ou d'activités ultérieures. Les renseignements factuels fournis par le Bureau international consistent en une note élaborée par celui-ci et en cinq annexes contenant des extraits des documents officiels des diverses conférences diplomatiques qui ont adopté, modifié ou révisé les dispositions figurant actuellement aux articles 2 et 3 de la Convention de Paris (Acte de Stockholm de 1967). Voir le rapport précité 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, par. 2.16-218 et le rapport du Groupe spécial

Par ailleurs, il convient de relever que le pouvoir conféré aux Groupes spéciaux au titre de l'article 13 est « *un pouvoir discrétionnaire* »¹⁰⁸³. En vertu de ce pouvoir, le Groupe spécial peut en effet accepter ou rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés¹⁰⁸⁴. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), une lettre contenant des renseignements relatifs à des questions posées par le Groupe spécial a été adressée par un cabinet juridique représentant l'ASCAP à l'USTR¹⁰⁸⁵, à la demande de ce dernier. Le Groupe spécial a reçu une copie de ladite lettre et bien qu'il n'en ait pas été le principal destinataire, il ne l'a pas refusée. Toutefois, dans la mesure où cette lettre faisait double emploi avec des renseignements que les parties ont déjà communiqués¹⁰⁸⁶, le Groupe spécial a souligné qu'il ne s'est pas fondé sur elle pour établir son raisonnement ou ses constatations¹⁰⁸⁷.

278. Dans son examen de la compatibilité des mesures contestées avec les règles de l'OMC, il est important de relever que le Groupe spécial n'est pas tenu d'examiner toutes les allégations formulées par la partie plaignante. En effet, rien dans l'article 11 du Mémoire d'accord, ni dans la pratique antérieure du GATT ne l'exige¹⁰⁸⁸. Sa mission consiste seulement à examiner la question qui lui est présentée de manière objective, en vue d'y apporter une solution positive et faire des constatations propres à aider l'ORD à faire des

Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte de l'Australie, WT/DS290/R, par. 2.16- 2.18.

¹⁰⁸² Dans cette affaire, le Groupe spécial a demandé au Bureau international de l'OMPI de lui communiquer des renseignements factuels sur les dispositions de l'Acte de Stockholm de 1967 de la Convention de Paris, incorporées à l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 2:1 dudit accord, qui sont pertinents en l'espèce. Plus exactement, le Groupe spécial a demandé au Bureau international de lui communiquer des renseignements factuels, en particulier sur l'historique de la négociation et les activités ultérieures, concernant les dispositions de la Convention de Paris pertinentes en l'espèce, y compris les articles 2.1), 6, 6 bis, 6quinquies et 8 de la Convention de Paris. En ce qui concerne l'article 6quinquies, le Groupe spécial avait demandé tous renseignements factuels sur la portée que l'on avait voulu lui donner. Il avait également demandé au Bureau international de l'OMPI de lui communiquer tous renseignements factuels sur le point de savoir si les dispositions de la Convention de Paris réglementent la façon dont le titulaire d'une marque doit être déterminé en vertu de la législation nationale des membres de l'Union de Paris. Le Bureau international de l'OMPI a répondu à la demande le 2 mars 2001. Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 1.8. et 8.13.

¹⁰⁸³ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.7, citant le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, par. 108.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ Rapport précité du Groupe spécial *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.4. Par une lettre adressée à un cabinet juridique représentant l'ASCAP, l'USTR a demandé des renseignements à l'ASCAP concernant certaines questions posées par le Groupe spécial aux États-Unis, qui étaient reproduites dans la lettre. Le cabinet juridique a répondu à l'USTR par une lettre dont une a été transmise au Groupe spécial.

¹⁰⁸⁶ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.8. Voir également par. 6.5 et 6.6.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, par. 6.8.

¹⁰⁸⁸ É. Canal- Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, op.cit., p. 72.

recommandations aux différentes parties concernées¹⁰⁸⁹. En application du principe de l'économie jurisprudentielle¹⁰⁹⁰, il revient au Groupe spécial de déterminer quelles questions de droit il doit examiner afin de régler un différend¹⁰⁹¹. Dans la pratique, les Groupes spéciaux ont à plusieurs reprises appliqué ce principe dans les affaires ADPIC. Généralement, les Groupes spéciaux s'abstiennent d'aller plus loin dans leur examen des allégations du plaignant dès lors qu'ils ont clairement établi que la mesure en cause est incompatible avec une ou plusieurs dispositions de l'Accords sur les ADPIC¹⁰⁹².

279. Pour bien accomplir sa mission, le Groupe spécial a, à sa disposition, le Secrétariat qui est chargé, en vertu de l'article 27:1 du Mémoire d'accord, de l'aider, notamment en ce qui concerne les aspects juridiques, historiques et procéduraux des questions traitées¹⁰⁹³, et d'offrir des services de secrétariat et un soutien technique. Le secrétariat apportera aussi son concours dans le règlement d'un différend au Membre qui le demande et donnera également des avis et une aide juridiques additionnels aux pays en développement Membres en ce qui concerne le règlement des différends¹⁰⁹⁴.

280. La durée des travaux du Groupe spécial, depuis la date à laquelle sa composition et son mandat auront été arrêtés jusqu'à la remise du rapport final aux parties à un différend, ne devrait pas, en règle générale, dépasser six mois¹⁰⁹⁵. En cas de retard, le Groupe spécial doit informer l'ORD et, en tout état de cause, le délai compris entre l'établissement d'un Groupe spécial et la distribution de son rapport aux Membres ne doit

¹⁰⁸⁹ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 887. Voir les articles 7:2 et 11 du Mémoire d'accord.

¹⁰⁹⁰ Principe selon lequel les Groupes spéciaux peuvent limiter leur examen à ce qui est nécessaire à la solution du différend sans nécessairement répondre à tous les arguments des parties. Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *Journal du Droit International*, 1999, n°2, p. 461.

¹⁰⁹¹ 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, par. 344 ; rapport précité 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, par. 87.

¹⁰⁹² C'est le cas par exemple de l'affaire *Chine — Droit de propriété intellectuelle* (WT/DS362) où le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle concernant : i) l'allégation formulée au titre de l'article 5(2) de la Convention de Berne, tel qu'il est incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC ; ii) 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 des seuils d'infraction pénale) ; et iii) les allégations formulées au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport précité du Groupe spécial *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362/R, par. 8.2.

¹⁰⁹³ Au sein du Secrétariat de l'OMC, les divisions opérationnelles (par exemple, la Division de la propriété intellectuelle) collaborent avec la Division des affaires juridiques pour prêter leur concours aux Groupes spéciaux dans le cadre des différends portant sur des matières dans lesquelles elles ont des compétences spéciales. Voir B. Wilson, « Le système de règlement des différends de l'OMC et son fonctionnement: Un bref aperçu des dix premières années », *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁹⁴ L'article 27:2 du Mémoire d'accord. À cette fin, le Secrétariat mettra à la disposition du pays en développement Membre qui le demandera un expert juridique qualifié des services de coopération technique de l'OMC, pour l'aider d'une manière qui permet de maintenir l'impartialité du Secrétariat (*ibid.*).

¹⁰⁹⁵ L'Article 12:8 du Mémoire d'accord.

dépasser 9 mois¹⁰⁹⁶. Dans le contexte des différends relatifs aux ADPIC, la majorité des Groupes spéciaux ont déclaré qu'ils ne pouvaient pas achever leurs travaux dans le délai de six mois. Parmi les raisons invoquées pour justifier leur retard se trouvent la décision des parties de suspendre la procédure¹⁰⁹⁷, la complexité des questions soumises à l'examen¹⁰⁹⁸ et la procédure de demande des renseignements conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord¹⁰⁹⁹.

281. Aux termes de l'article 12:12 du Mémoire d'accord, les Groupes spéciaux peuvent, à tout moment, suspendre leurs travaux à la demande de la partie plaignante¹¹⁰⁰. En effet, l'objectif fondamental du système de règlement des différends étant avant tout de régler la question en cause et, de préférence, par une solution mutuellement acceptable¹¹⁰¹. C'est le cas de l'affaire l'*Australie — certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographique et autres prescriptions en matière d'emballage*

¹⁰⁹⁶ L'Article 12:9 du Mémoire d'accord.

¹⁰⁹⁷ Il en est ainsi du Groupe spécial saisi de la question *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des Communautés européennes*, (WT/DS79). En effet, à la demande des parties, le Groupe spécial n'a pas commencé ses travaux de fond avant l'adoption par l'ORD des rapports du Groupe spécial (WT/DS50/R) et de l'Organe d'appel (WT/DS50/AB/R) sur une question similaire dans l'affaire *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (plainte des États-Unis). En conséquence, le Groupe spécial n'a pu remettre la partie descriptive de son rapport aux parties que le 28 mai 1998. Il en est résulté un certain retard dans les étapes ultérieures de la procédure. Voir OMC, *Communication du Président du Groupe spécial*, WT/DS79/4, 24 juin 1998.

¹⁰⁹⁸ C'est le cas des Groupes spéciaux saisis pour examiner les affaires suivantes : *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290 (doc, Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS174/22 WT/DS290/20, 19 août 2004) ; *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176 (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS176/4 20 avril 2001) ; *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362 (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS362/9, 18 juillet 2008) ; *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114 (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS114/7, 11 octobre 1999) ; *Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographique et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage*, plainte du Honduras (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS435/21, 6 décembre 2016), plainte de la République dominicaine (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS 441/21, 6 décembre 2016), plainte de Cuba (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS 458/20, 6 décembre 2016), plainte de l'Indonésie (doc. Communication du Président du Groupe spécial, WT/DS 467/21, 6 décembre 2016).

¹⁰⁹⁹ C'est le cas du Groupe spécial saisi de la question *États-Unis — Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (WT/DS160). Voir OMC, *Communication du Président du Groupe spécial*, WT/DS160/7, 10 février 2000.

¹¹⁰⁰ L'article 12:12 du Mémoire d'accord. Cette suspension des travaux sera pour une période qui ne dépassera pas 12 mois. Si elle dépasse les 12 mois, le pouvoir conféré pour l'établissement du Groupe spécial deviendra caduc. Autrement-dit, si après cette date, aucune solution n'est trouvée, la partie plaignante doit réintroduire une nouvelle demande d'établissement d'un Groupe spécial s'il souhaite à nouveau que le différend soit tranché. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 836.

¹¹⁰¹ L'article 3:7 du Mémoire d'accord. D'ailleurs, les Groupes spéciaux devraient avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante. Voir l'article 11 du Mémoire d'accord.

neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage (WT/DS434)¹¹⁰². L'Ukraine a formulé une demande de suspension de la procédure du Groupe spécial en vue d'obtenir une solution mutuellement convenue avec l'Australie¹¹⁰³.

Cependant, en l'absence d'une solution amiable au différend, le Groupe spécial est tenu de remettre son rapport aux parties concernées et de le présenter à l'ORD en vue de son adoption, sauf si une partie a notifié sa décision de faire appel.

§2. L'examen en dernière instance devant l'Organe d'appel

282. L'établissement d'un examen en appel au sein de l'OMC constitue l'une des principales innovations du Mémorandum d'accord¹¹⁰⁴. Pour certains, cette seconde étape apparaît comme « *le symbole et le témoin de la juridictionnalisation de la procédure* »¹¹⁰⁵. L'examen est effectué par un Organe d'appel¹¹⁰⁶(A). Il est intéressant d'analyser la compétence et le fonctionnement¹¹⁰⁷ de cet organe sur la base d'une mise en perspective avec la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC ayant déjà fait l'objet de cette procédure (B).

¹¹⁰² OMC, *Communication du président Groupe spécial*, WT/DS434/16, 3 juin 2015.

¹¹⁰³ *Idid.*

¹¹⁰⁴ En réalité, l'introduction de l'examen en appel était la contrepartie de l'adoption quasi automatique des rapports des Groupes spéciaux avec la règle du consensus négative. En effet, comme il ne serait plus possible d'empêcher les « mauvais » rapports des Groupes spéciaux d'avoir force obligatoire, les négociateurs ont prévu, par précaution, un mécanisme en appel afin de se prémunir contre ces « mauvais » rapports. Voir P. Van Den Bossche, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce » : Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 68-69.

¹¹⁰⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp.740-741.

¹¹⁰⁶ L'Organe d'appel a suscité beaucoup d'intérêt dans la littérature. De nombreuses études lui ont été consacrées, en particulier : H. Ruiz fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, pp. 47-128 ; É. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, pp. 845-863 ; P. Van Den Bossche, « La constitution du «Tribunal mondial du commerce »: Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 67-85 ; V. Tomkiwicz, *L'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne,, soutenue le 15 juin 2004 ; M.J. Andrianarivony, « L'Organe d'appel au sein de l'O.M.C : une institution originale investie d'une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d'un droit international de la concurrence) », *Revue Belge de Droit International*, 2000, n°1, pp. 276-340.

¹¹⁰⁷ Compte tenu de l'abondance des contributions doctrinales consacrées à l'Organe d'appel, une courte synthèse sur cet organe lui sera consacrée. Pour une étude détaillée sur l'Organe d'appel et de son examen, nous renvoyons aux contributions citées plus haut.

A. L'appel et l'Organe d'appel

283. Dans la procédure d'appel, seules les parties au différend peuvent faire appel du rapport d'un Groupe spécial¹¹⁰⁸ contrairement aux tierces parties¹¹⁰⁹ ou aux autres Membres de l'OMC même si leurs intérêts sont manifestement en jeu¹¹¹⁰.

La partie « gagnante » comme la partie « perdante » peut notifier sa décision de faire appel¹¹¹¹ à l'ORD dans les 60 jours qui suivent la remise du rapport final du Groupe spécial¹¹¹². Les tierces parties qui ont eu cette qualité devant le Groupe spécial peuvent participer à la procédure d'appel en tant que « participant tiers »¹¹¹³.

284. Contrairement aux Groupes spéciaux, l'Organe d'appel est un organe permanent, institué par l'ORD¹¹¹⁴. Il se compose de sept personnes, dont trois siégeront pour une affaire donnée¹¹¹⁵. Ces personnes qui feront partie de l'Organe d'appel seront nommées pour un mandat de quatre ans, qui n'est renouvelable qu'une seule fois¹¹¹⁶. Suivant les Procédures de travail pour l'examen en appel, le Président de l'Organe d'appel est élu par ses membres pour un mandat d'une année, qui peut être prorogé d'une année supplémentaire¹¹¹⁷.

¹¹⁰⁸ L'article 17: 4 du Mémoire d'accord.

¹¹⁰⁹ C'est-à-dire, les Membres qui ont bénéficié de ce statut devant le Groupe spécial.

¹¹¹⁰ P. Van Den Bossche, « La constitution du «Tribunal mondial du commerce » : Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 70.

¹¹¹¹ On a tendance à s'attendre à ce que seule la partie perdante fasse appel, mais il arrive que la partie gagnante le fasse aussi en même temps. En effet, l'une et l'autre peuvent ne pas être d'accord avec les conclusions du Groupe spécial : le défendeur, dont il a été constaté que la mesure contestée était incompatible et le plaignant, dont les allégations de violation ont été rejetées, ou tout simplement ne souscrivant pas avec certaines constatations du Groupe spécial. En ce sens, voir L. Dubin, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 147-148 ; H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C.: trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p. 62). Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS 176), où les parties au différend en appel, en l'occurrence, les Communautés européennes et les États-Unis, étaient sur certaines questions à la fois plaignants et intimés. Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, p. 26.

¹¹¹² L'article 16:4 du Mémoire d'accord. Aux termes de la règle 20.1 des Procédures de travail pour l'examen en appel dans sa dernière version révisée du 16 août 2010, WT/AB/WP/6, un appel est formé par notification écrite à l'ORD et dépôt simultané d'une déclaration d'appel auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel. La déclaration d'appel doit comprendre conformément à la règle 20.2: a) le titre du rapport du groupe spécial faisant l'objet de l'appel ; b) le nom de la partie au différend déposant la déclaration d'appel ; c) l'adresse aux fins de signification et les numéros de téléphone et de télécopie de la partie au différend ; et d) un bref exposé de la nature de l'appel. Sur ce sujet, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce-Analyse critique*, *op.cit.*, pp. 895-896.

¹¹¹³ L'article 17:4 du Mémoire d'accord prévoit à cet égard que les tierces parties pourront présenter des communications écrites à l'Organe d'appel et avoir la possibilité de se faire entendre par lui.

¹¹¹⁴ L'article 17:1 du Mémoire d'accord. C'est en effet, l'ORD qui désigne par consensus les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel. Voir les articles 17:2 et 2:4 du Mémoire d'accord.

¹¹¹⁵ L'article 17:1 du Mémoire d'accord. Ces trois membres, constituant une section seront choisis par roulement.

¹¹¹⁶ L'article 17:2 du Mémoire d'accord. Un membre de l'Organe d'appel peut donc siéger au maximum huit ans.

¹¹¹⁷ Règle 5.1) des Procédures de travail l'examen en appel.

Les membres de l'Organe d'appel sont soumis aux mêmes règles de conduite que les membres des Groupes spéciaux, afin de garantir leur intégrité et leur impartialité ainsi que la confidentialité de la procédure¹¹¹⁸.

285. S'agissant des qualifications requises pour les personnes faisant partie de l'Organe d'appel, elles sont indiquées à l'article 17:3 du Mémoire d'accord. Ce doit être des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la « *preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général* »¹¹¹⁹. Par ailleurs, contrairement aux membres des Groupes spéciaux, la nationalité des membres de l'Organe d'appel est sans importance¹¹²⁰. En revanche, ces derniers ne peuvent évidemment avoir aucune attache avec une administration nationale¹¹²¹ et ne doivent accepter d'instructions d'aucune organisation, internationale, gouvernementale ou non gouvernementale, ni d'aucune source privée¹¹²².

286. Dans le cadre de l'accord sur les ADPIC, trois différends ont fait, à ce jour, l'objet d'un appel. Il s'agit des affaires : *Inde — Brevets* (plainte des États-Unis, WT/DS50) ; *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (plainte des États-Unis, WT/DS170) et *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (plainte des Communautés européennes, WT/DS176)¹¹²³. À cet égard, il est louable de constater que, dans ces trois affaires, les États-Unis étaient partie au différend (en qualité de plaignante ou de défenderesse) et que la section de l'Organe d'appel siégeant pour ces trois appels comprenait

¹¹¹⁸ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 897. Règle 8.1) des Procédures de travail l'examen en appel dispose en effet qu' « à titre provisoire, l'Organe d'appel adopte les dispositions des Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends figurant à l'annexe II des présentes règles, qui lui sont applicables, jusqu'à ce que des Règles de conduite soient approuvées par l'ORD ». Sur ces règles, voir OMC, *Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DSB/RC/1, 11 décembre 1996. Disponible en ligne http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹¹¹⁹ Jusqu'ici, la plupart des membres de l'Organe d'appel ont été des professeurs d'université, des juristes en exercice, d'anciens fonctionnaires gouvernementaux ou hauts magistrats. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 3: Les organes de l'OMC intervenant dans le processus de règlement des différends*, en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c3s4p1_f.htm#txt1 (consulté le 16 janvier 2017). Cela exprime bien le désir des Membres de l'OMC de réunir dans cet organe d'appel des sages. En ce sens, voir S. Morvan « L'émergence du pouvoir judiciaire au sein de l'OMC », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 26 Juin 2002, n°26, I, p. 145, § 13.

¹¹²⁰ Règle 6.2 des Procédures de travail pour l'examen en appel. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 896.

¹¹²¹ L'article 17:3 du Mémoire d'accord.

¹¹²² Règle 2.3) des Procédures de travail pour l'examen en appel. Théoriquement, les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel ne sont pas attachés à l'OMC à temps complet, ils peuvent en effet pendant la durée de leur mandat exercer en parallèle des activités professionnelles à conditions que celles-ci ne soit pas incompatibles avec leurs obligations et responsabilités ou limiterait leur disponibilité. Voir l'article 17:3 du Mémoire d'accord et Règle 2.2) et 2.4) des Procédures de travail pour l'examen en appel.

¹¹²³ Nous reviendrons plus en détails sur ces affaires dans la partie II, Titre I, chapitre 2.

M. Bacchus, lequel est originaire des États-Unis. Comme on vient d'indiquer précédemment, la nationalité des membres de l'Organe d'appel est sans importance. Edwin Vermulst note à propos de l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50) que “(...) *some people feel a bit uncomfortable with this idea sometimes. I am not saying that I agree with this, but it does seem a fact of life*”¹¹²⁴.

B. La compétence et le fonctionnement de l'Organe d'appel

287. La compétence de l'Organe d'appel (1) et son fonctionnement (2) appellent les développements suivants qui seront analysés successivement en faisant un lien avec la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC ayant fait l'objet d'un examen en appel.

1. La compétence de l'Organe d'appel

288. « *Malgré son nom, trompeur pour un juriste de droit continental, l'Organe d'appel ne constitue pas un deuxième degré de juridiction, mais s'apparente plutôt à une instance de « cassation », dont les fonctions sont limitées, en principe, à l'examen des questions de droits »,* écrivait-il le Professeur Éric Canal-Forgues¹¹²⁵. Ce point de vue semble être tiré des formules de l'article 17:6 du Mémoire d'accord selon lequel « *l'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci* ». De plus, l'article 17:13 du Mémoire d'accord précise que « *l'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial* ». Toutefois, on ne peut pas vraiment soutenir cette « approche cassatoire »¹¹²⁶ de l'Organe d'appel car en aucun cas cet organe ne peut opérer un renvoi à la première instance, en l'occurrence au Groupe spécial¹¹²⁷.

¹¹²⁴ Intervention d'Edwin Vermulst, “The WTO Appellate Body: The First Four Years”, *The Journal of World Intellectual Property*, May 1999, vol. 2, issue 3, p. 428.

¹¹²⁵ É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 88. Dans le même sens, H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, pp. 52-53 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, pp. 107-108, §265.

¹¹²⁶ L'expression vient du Professeur Hélène Ruiz fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p. 53.

¹¹²⁷ En effet, le Mémoire d'accord ne contient aucune disposition permettant le renvoi d'une affaire pour un nouvel examen par le Groupe spécial afin de compléter l'analyse juridique et de faciliter le règlement d'un différend. À ce sujet, É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 91 ; D. Evans et C. De Tarso Pereira, « Réexamen du Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Un point de vue interne », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 284. Cette question, fait d'ailleurs

289. Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut retenir c'est que la compétence de l'Organe d'appel est limitée aux questions de droit et non aux questions de faits¹¹²⁸. Ces dernières sont en principe tranchées de manière définitive par le Groupe spécial initialement chargé de l'affaire. Toutefois, la distinction entre les questions de fait et les questions de droit est parfois complexe lorsque l'examen de l'appel implique l'utilisation par l'Organe d'appel de certains faits portés à l'attention du Groupe spécial¹¹²⁹. Il en est ainsi, par exemple, du contenu de la législation nationale des Membres de l'OMC qui est considéré, en principe, comme une question de fait. Mais, l'Organe d'appel a indiqué que l'examen par le Groupe spécial de la compatibilité ou l'incompatibilité d'une législation d'un Membre avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée, constitue une « *qualification juridique* », et, partant, une question de droit susceptible d'un examen en appel¹¹³⁰.

l'objet de discussions dans le cadre des négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémoire d'accord. OMC, *Rapport du président M. l'Ambassadeur Ronald Sa Ronald Saborio Soto*, Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, TN/S/27, 6 août 2015, pp.7-8.

¹¹²⁸ Les questions de droit sont toutes celles qui concernent l'interprétation des dispositions pertinentes des Accords de l'OMC, la définition des sources, l'articulation et le raisonnement juridiques déterminant les dispositions applicables, l'appréciation de la compatibilité ou l'incompatibilité des faits avec les dispositions jugées applicables et, d'une manière générale, toute question dont la résolution implique un raisonnement juridique fondé sur l'une ou l'autre disposition des Accords de l'OMC. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 904.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ Rapport précité 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, par. 68. Voir également son rapport sur l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 105. Sur le sujet, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, pp. 842-843 ; H. Gherari, « L'affaire « Havana club » devant l'O.M.C », *op.cit.*, p. 5. En outre, relevons que, dans d'autres cas, comme il n'existe pas de renvoi devant un nouveau Groupe spécial d'une affaire qui a fait l'objet d'un rapport infirmé d'un Groupe spécial initial, l'Organe d'appel s'est arrogé lui-même le droit de compléter l'analyse juridique du Groupe spécial. Cela n'est possible, néanmoins, que si les constatations factuelles du Groupe spécial et les faits versés au dossier du panel offrent une base suffisante pour l'analyse de l'Organe d'appel. Ce dernier s'est justifié sur la base de l'article 3:7 du Mémoire d'accord, lequel prescrit que le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Il s'est également fondé sur l'article 17:13 du Mémoire d'accord, lequel lui confère le pouvoir de confirmer, modifier ou infirmer les constatations juridiques du Groupe spécial. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 908 ; É. Canal-Forgues « Mutations de l'ordre juridique international et système de règlement de différends de l'OMC », p. 7, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/omc/ECF.pdf> (consulté le 16 janvier 2016) ; Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *op.cit.*, p. 622 ; du même auteur, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2009) », *Annuaire Français de Droit International*, vol.55, 2009, p. 679. Toutefois, certains auteurs se sont élevés avec force contre cette pratique consistant à « compléter l'analyse juridique ». Premièrement, selon eux il est difficile de faire valoir que cette pratique entre dans le cadre du mandat prescrit par l'article 17:13 du Mémoire d'accord, à savoir confirmer, modifier ou infirmer les constatations du Groupe spécial, vu l'absence de constatations en l'espèce. Deuxièmement, en traitant d'une question que le Groupe spécial n'a pas examinée, l'Organe d'appel prive les parties du droit de faire appel qui leur est conféré par le Mémoire d'accord. D'autres auteurs ont pris la défense de la pratique adoptée par l'Organe d'appel de « compléter l'analyse juridique », en faisant valoir que, dans des affaires comme *États-Unis — Crevettes* et *CE — Hormones*, celle-ci avait contribué à asseoir la crédibilité du système de règlement des différends de l'OMC. Certains affirment que, tant que le Mémoire d'accord n'est pas modifié pour traiter la question de l'absence de pouvoir de renvoi, il vaut mieux que l'Organe d'appel recourt à cette pratique plutôt que de laisser les différends sans résolution. Voir P. Van Den Bossche,

2. Le fonctionnement de l'Organe d'appel

290. Le déroulement de la procédure d'appel est régi par l'article 17 du Mémorandum d'accord et par des « *Procédures de travail pour l'examen en appel* » élaborées à cette fin conformément à l'article 17:9 du Mémorandum d'accord¹¹³¹.

291. Dès « la saisine »¹¹³² de l'Organe d'appel par une déclaration d'appel, des communications écrites sont déposées auprès du Secrétariat de l'Organe¹¹³³ par l'appelant¹¹³⁴, l'autre appelant¹¹³⁵, la partie au différend qui souhaite répondre aux allégations formulées par l'appelant (les intimés)¹¹³⁶ et les participants tiers¹¹³⁷. Les communications écrites présentées à l'Organe d'appel sont traitées comme confidentielles, mais elles sont tenues à la disposition des participants tiers au différend¹¹³⁸. Toutefois, aucune disposition du Mémorandum d'accord n'empêche un participant de communiquer au public ses propres positions¹¹³⁹.

292. La section de l'Organe d'appel chargé de l'affaire tiendra une audience¹¹⁴⁰ au cours de laquelle les appelants, les autres appelants, les intimés et les participants tiers auront la possibilité d'exposer oralement des arguments et, par la même occasion, de répondre aux

« La constitution du «Tribunal mondial du commerce ». Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 80-81.

¹¹³¹ Il ne faut pas confondre à cet égard ces procédures avec les Procédures de travail du groupe spécial énoncées à l'Appendice 3 du Mémorandum d'accord. L'Organe d'appel a établi ses Procédures de travail pour la première fois en 1996. Les modalités ont été toutefois modifiées plusieurs fois depuis, la dernière version date de 2010. La version intégrée révisée des Procédures de travail a été distribuée aux Membres de l'OMC le 16 août 2010 (document WT/AB/WP/6). Elle est entrée en vigueur le 15 septembre 2010. Voir le lien officiel de l'OMC : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_procedures_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹¹³² Terme emprunté à M. Laurence Dubin, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 102.

¹¹³³ En vertu de la Règle 18.1) des Procédures de travail pour l'examen en appel, « *un document n'est considéré comme déposé auprès de l'Organe d'appel que s'il est reçu par le Secrétariat dans le délai prévu pour le dépôt conformément aux présentes règles* ».

¹¹³⁴ La communication écrite de l'appelant est en effet déposer le jour du dépôt de la déclaration d'appel conformément à la Règle 21. 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel.

¹¹³⁵ En vertu de la règle 23 des Procédures de travail pour l'examen en appel, l'autre appelant (c'est-à-dire, la partie au différend autre que l'appelant initial) déposera au Secrétariat une déclaration d'un autre appel et une communication écrite dans un délai de cinq jours à compter du dépôt de la déclaration d'appel.

¹¹³⁶ Toute partie au différend qui souhaite répondre aux allégations formulées dans la communication d'un appelant peut elle-même déposer auprès du Secrétariat une communication écrite en vertu de la règle 22 des Procédures de travail pour l'examen en appel, dans un délai de 18 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel et de la communication de l'appelant.

¹¹³⁷ En effet, les Membres qui ont bénéficié du statut de tierces parties devant le Groupe spécial peuvent aussi déposer des communications écrites, contenant les motifs et arguments juridiques à l'appui de sa position. Cette communication sera déposée dans un délai de 21 jours après la date de dépôt de la déclaration d'appel, conformément à la règle 24 des Procédures de travail pour l'examen en appel.

¹¹³⁸ L'article 18:2 du Mémorandum d'accord.

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Cette audience a lieu, en règle générale, entre 30 et 45 jours après la date de dépôt de la déclaration d'appel (règle 27.1) des Procédures de travail pour l'examen en appel). Pour une présentation du déroulement de l'audience, voir V. Hughes, « Problèmes particuliers au stade de l'appel: Une étude de cas », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 88.

questions que leur pose ladite section¹¹⁴¹. Pendant l'examen de l'affaire, l'Organe d'appel recevra de son propre Secrétariat¹¹⁴² le soutien administratif et juridique dont il aura besoin¹¹⁴³. Sans revenir en détail sur une analyse menée précédemment, le droit applicable par l'Organe d'appel, aux fins de règlement des différends, est toujours constitué par le droit de l'OMC, c'est-à-dire, par les accords visés¹¹⁴⁴.

293. Il importe de savoir qu'à tout moment, au cours de la procédure d'appel, l'appelant pourra se désister¹¹⁴⁵. Mais, en l'absence de désistement d'appel, l'Organe d'appel est tenu d'examiner toutes les questions qui lui ont été soumises¹¹⁴⁶. Après l'audience et avant de mettre au point le rapport de l'Organe d'appel, la section de l'Organe d'appel procède à un échange de vues avec les quatre autres membres de l'Organe d'appel et ce, conformément à la règle 4.3) des Procédures de travail, afin d'« assurer l'uniformité et la cohérence de la prise de décisions », et de « tirer parti des compétences individuelles et collectives des membres »¹¹⁴⁷. Les travaux et délibérations de l'Organe d'appel sont confidentiels¹¹⁴⁸. L'Organe d'appel et ses sections ne ménageront aucun effort pour prendre leurs décisions par

¹¹⁴¹ Il n'y aura pas de communications *ex-parte* avec la section de l'Organe d'appel qui connaît l'appel en ce qui concerne les questions examinées (article 18:1 du Mémoire d'accord). La Règle 19 des Procédures de travail pour l'examen en appel, relative aux communications *ex parte*, dispose que « 1) Aucune section ni aucun de ses membres ne se réunira ou ne se mettra en contact avec une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers en l'absence des autres parties au différend, participants, tierces parties et participants tiers. 2) Aucun membre de la section ne pourra discuter d'un aspect de l'objet d'un appel avec une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers en l'absence des autres membres de la section. 3) Un membre qui n'est pas affecté à la section qui connaît de l'appel ne discutera d'aucun aspect de l'objet de l'appel avec une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers ».

¹¹⁴² En effet, contrairement aux Groupes spéciaux, l'Organe d'appel dispose d'un Secrétariat propre qui est installé, comme le Secrétariat de l'OMC, au siège de l'organisation à Genève, où il tient ses réunions. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 3 : Les organes de l'OMC intervenant dans le processus de règlement des différends*, en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c3s4p1_f.htm#txt1 (consulté le 23 janvier 2017).

¹¹⁴³ L'article 17:7 du Mémoire d'accord.

¹¹⁴⁴ Voir *supra*, § 266 et s.

¹¹⁴⁵ En le notifiant à l'Organe d'appel, qui le notifiera immédiatement à l'ORD (Règle 30. 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel).

¹¹⁴⁶ L'article 17:12 du Mémoire d'accord. En effet, contrairement aux Groupe spéciaux, au stade de l'appel le principe d'économie jurisprudentielle ne s'applique pas. Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 913.

¹¹⁴⁷ Règle 4.1) des Procédures de travail l'examen en appel (la règle de collégialité). Selon certains, ce mécanisme d'« échange de vues » a beaucoup contribué à la qualité et à l'autorité des décisions de l'Organe d'appel. Voir P. Van Den Bossche, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce ». Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 74.

¹¹⁴⁸ L'article 17:10 du Mémoire d'accord. En principe, seuls les Membres de l'OMC qui sont des appelants, d'autres appelants, des intimés ou des participants tiers ont le droit d'assister aux audiences. Toutefois, dans quelques cas, à la demande des parties, les membres de l'Organe d'appel siégeant dans ces affaires ont décidé d'autoriser le public à assister à l'audience par télédiffusion simultanée en circuit fermé dans une autre salle. Il en est ainsi, par exemple, des affaires portées respectivement par le Canada et la Norvège à l'encontre les Communautés européennes au sujet des *Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, (plainte du Canada, WT/DS400), (plainte de la Norvège, WT/DS401). Voir OMC, *Nouvelles 2014*, « Ouverture des inscriptions pour l'audience en appel ouverte au public dans les différends sur les produits dérivés du phoque », 13 février 2014.

consensus. Toutefois, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise à la majorité des voix¹¹⁴⁹.

294. En règle générale, la procédure d'appel ne peut durer plus de 60 jours entre la date à laquelle une partie au différend notifiera formellement sa décision de faire appel et la date à laquelle l'Organe d'appel distribuera son rapport¹¹⁵⁰. Ce délai peut être dépassé, si l'Organe d'appel estime qu'il ne peut pas présenter son rapport dans les 60 jours. Dans ce cas de figure, il doit informer l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquer dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport. Mais, en aucun cas, la procédure ne doit dépasser 90 jours¹¹⁵¹. Par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*, l'Organe d'appel a demandé que le délai de 60 jours soit prolongé car il n'était pas en mesure de distribuer son rapport dans les délais impartis en raison du temps nécessaire pour la traduction¹¹⁵². À cet égard, il faut reconnaître le mérite des traducteurs qui eux aussi subissent périodiquement la pression du délai de 90 jours imposé par les textes, puisque les rapports sont distribués simultanément dans les trois langues officielles de l'OMC (anglais, français et espagnol)¹¹⁵³.

295. La possibilité de formuler un appel doit permettre d'arrêter une position définitive et incontestable sur les interprétations de droit données par les Groupes spéciaux¹¹⁵⁴. Dans son rapport, l'Organe d'appel pourra ainsi soit confirmer ou modifier ou encore infirmer les constatations et conclusions juridiques du Groupe spécial¹¹⁵⁵. Si la mesure contestée a été déclarée incompatible avec un accord visé, l'Organe d'appel recommandera au Membre concerné de la rendre conforme audit accord¹¹⁵⁶.

296. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les rapports des Groupes spéciaux n'ont pas tous fait l'objet d'un appel. Sur les dix affaires ayant donné lieu à un rapport du Groupe spécial, trois seulement ont fait l'objet d'une procédure d'appel. Il s'agit des

¹¹⁴⁹ Règles 3.2) des Procédures de travail pour l'examen en appel. Les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les membres de cet organe seront anonymes (article 17:11 du Mémoire d'accord).

¹¹⁵⁰ L'article 17:5 du Mémoire d'accord.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Communication de l'Organe d'appel, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/7, 9 décembre 1997. C'est le seul cas en appel (sur trois) qui a connu une telle demande de prolongation.

¹¹⁵³ V. Hughes, « Problème particuliers au stade de l'appel: Une étude de cas », *op.cit.*, p.93.

¹¹⁵⁴ V. Pace, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, *op. cit.*, pp. 213- 214.

¹¹⁵⁵ L'article 17:13 du Mémoire d'accord. Toutefois, dans ses constatations et ses recommandations, l'Organe d'appel ne pourra pas accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres de l'OMC (article 19:2 du Mémoire d'accord).

¹¹⁵⁶ L'article 19:1 du Mémoire d'accord.

affaires¹¹⁵⁷ : *Inde — Brevets (WT/DS50)* ; *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (WT/DS170)* ; *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)*. À ce propos, il est intéressant de remarquer que la grande partie des conclusions juridiques des Groupes spéciaux ayant examiné ces affaires a été confirmée par l'Organe d'appel¹¹⁵⁸. Certes, des erreurs de droit ont été observées dans le raisonnement de ces Groupes spéciaux mais elles n'ont manifestement pas affecté la justesse des conclusions finales pour que l'Organe d'appel les infirme¹¹⁵⁹.

§3. Les rapports des organes chargés du règlement des différends et leur adoption par l'ORD

297. Qu'il s'agisse du Groupe spécial (A), et le cas échéant, de l'Organe d'appel (B), leurs rapports n'ont force obligatoire à l'égard des parties au différend qu'après leur adoption par l'ORD¹¹⁶⁰. La nature de cet organe est radicalement différente de celle des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, puisqu'il s'agit d'un organe politique composé de l'ensemble des représentants des Membres agissant en qualité de Conseil général de l'OMC¹¹⁶¹. Le rôle de l'ORD, comme le note le Professeur Georges Sacerdoti, « est

¹¹⁵⁷ Nous reviendrons plus en détails sur ces affaires dans la deuxième partie, titre I, chapitre 2.

¹¹⁵⁸ Il existe en effet qu'une petite partie des conclusions juridiques des Groupes spéciaux qui a été infirmée par l'Organe d'appel. Ainsi en est-il, par exemple, des affaires : *Inde — Brevets (WT/DS50)* et *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)*. Voir respectivement, les rapports précités 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, par. 97.c) et *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R/AB, par. 360. Nous reviendrons plus en détails sur ces conclusions dans la deuxième partie, titre I, chapitre 2.

¹¹⁵⁹ Cela a été le cas dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*. Brièvement, dans cette affaire, l'Organe d'appel ne partageait pas certains aspects du raisonnement du Groupe spécial chargé de l'affaire. Mais son examen du différend est toutefois arrivé à la même conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle l'Inde avait manqué à ses obligations en vertu des articles 70.8 a) de l'Accord sur les ADPIC. C'est pourquoi l'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial sur cette question. Voir le rapport précité 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, par. 49-75. Nous reviendrons plus en détails sur ces conclusions dans la deuxième partie, titre II, chapitre 2.

¹¹⁶⁰ G. Sacerdoti, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC: les enseignements des dix premières années », *op.cit.*, p. 785. Notons toutefois, à cet égard que si les parties avaient décidé de soumettre leur litige à l'arbitrage au lieu d'un Groupe Spécial, les décisions arbitrales seront seulement notifiées à l'ORD. En effet, contrairement aux rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, la décision de l'arbitre revêt un caractère obligatoire et n'a, en effet, pas besoin d'être adoptée par l'ORD. Voir L. Boisson De Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *op.cit.*, p. 96.

¹¹⁶¹ H. Ghérari, « Chapitre 79. Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques: le système de règlement des différends de l'OMC », in P. Daillier, G.de La Pradelle et H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 943. Les fonctions de l'ORD, conformément à l'article IV:3 de l'Accord instituant l'OMC, sont acquittées par le conseil général de l'OMC. Il s'agit de représentants des gouvernements, le plus souvent des diplomates en poste à Genève (où siège l'OMC) qui relèvent du ministère du commerce ou de celui des affaires étrangères du Membre de l'OMC qu'ils représentent. En leur qualité de fonctionnaires, ils reçoivent des instructions de leurs capitales sur les positions à adopter et les

simplement de conférer, formellement et sans aucune possibilité d'intervenir sur le fond de l'affaire, un caractère obligatoire à la décision rendue par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel »¹¹⁶². À ce titre, la dénomination de l'Organe de règlement des différends (ORD) peut paraître trompeuse et même fallacieuses¹¹⁶³. Mais, il n'empêche que sans son adoption, les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel n'auront aucune force obligatoire et donc aucune existence juridique¹¹⁶⁴.

A. Le rapport du Groupe spécial et son adoption par l'ORD

298. Le rapport du Groupe spécial (1) et son adoption par l'ORD (2) appellent les développements suivants qui seront analysés successivement en lien avec la pratique suivie dans le cadre des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC.

1. Le rapport du Groupe spécial

299. Au terme de son examen des soumissions et arguments des parties précédemment évoqué, le Groupe spécial ne distribue pas directement son rapport final. Il doit au contraire, respecter certaines procédures clairement définies dans le Mémoire d'accord. Le Groupe spécial doit d'abord remettre aux parties au différend les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport¹¹⁶⁵. Dans un délai fixé

déclarations à faire à l'ORD. C'est à ce titre que l'ORD est un organe politique. OMC, *Module de formation au système de règlement des différends : Chapitre 3. Les organes de l'OMC intervenant dans le processus de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c3s1p1_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

¹¹⁶² G. Sacerdoti, « structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC: les enseignements des dix premières années », *op.cit.*, p. 787. Dans la même veine, M. Philippe Weckel écrit que « la réunion de l'ORD est un simple acte matériel comparable à un procès-verbal ou à un enregistrement. Elle doit être considérée comme une formalité qui détermine, sans aucune manifestation de volonté (...), l'entrée en vigueur d'une décision prise par l'Organe d'appel » (Ph. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, n°1, p. 192).

¹¹⁶³ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 103, § 259.

¹¹⁶⁴ M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale de commerce », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 257 ; J. Trachtman, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 143. C'est, d'ailleurs, précisément cette absence du pouvoir de trancher les différends avec force obligatoire qui fait défaut aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel pour les qualifier formellement de « *jurisdiction* ». À ce sujet, voir G. Sacerdoti, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *op.cit.*, p. 785. Dans le même sens, s'agissant de l'Organe d'appel, voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 108, §266. Pour les Groupes spéciaux, voir M. J. Andrianarivony, « Un Panel institué dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce n'est-il pas une jurisdiction? », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2000, 3, p. 1199.

¹¹⁶⁵ L'article 15:1 du Mémoire d'accord. En vertu de l'article 14 du Mémoire d'accord, les délibérations des Groupes spéciaux seront confidentielles. Les rapports des Groupes spéciaux seront rédigés sans

par le Groupe spécial, les parties présenteront leurs observations par écrit¹¹⁶⁶. Après l'expiration du délai fixé pour la réception des observations des parties au différend, le Groupe spécial remettra à celles-ci un rapport intérimaire comprenant aussi bien les sections descriptives que ses constatations et conclusions¹¹⁶⁷. Au vu de celui-ci, les parties peuvent toujours opter pour une solution acceptable pour tous. S'ils optent pour la poursuite de la procédure, toute partie pourra demander, dans un délai fixé par le Groupe spécial, « *que celui-ci réexamine des aspects précis de son rapport intérimaire avant de distribuer le rapport final aux Membres* »¹¹⁶⁸. Cette phase facultative de réexamen intérimaire est une contribution importante au respect du principe du contradictoire¹¹⁶⁹. Si toutefois « *aucune observation n'est reçue d'une partie durant la période prévue à cet effet, le rapport intérimaire sera considéré comme étant le rapport final du groupe spécial et distribué dans les moindres délais aux Membres* »¹¹⁷⁰.

300. Le rapport final comprendra les constatations de fait de la plainte, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations¹¹⁷¹. Dans les cas où le Groupe spécial conclut qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord¹¹⁷². Outre les recommandations qu'il fera, le Groupe spécial pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces

que les parties au différend soient présentes, au vu des renseignements fournis et des déclarations faites. Les avis exprimés dans le rapport du Groupe spécial par les personnes faisant partie de ce groupe seront anonymes.

¹¹⁶⁶ L'article 15:1 du Mémorandum d'accord.

¹¹⁶⁷ L'article 15:2 du Mémorandum d'accord.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ B. Kieffer, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Thèse de doctorat en droit, Université Robert Schuman, Strasbourg III, soutenue le 13 juillet 2006, p. 470. Sur le principe du contradictoire, voir A.-M. Frison-Roche, « Le principe contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Paris, Pedone, 2004, pp. 125-153.

¹¹⁷⁰ L'article 15:2 du Mémorandum d'accord.

¹¹⁷¹ L'article 12:7 du Mémorandum d'accord. Pour une description détaillée du contenu du rapport du Groupe spécial, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, pp. 839-886.

¹¹⁷² En effet, dans le cas où il y a infraction aux obligations inscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage (article 3:8 du Mémorandum d'accord). Dans l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), le Groupe spécial a indiqué 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 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* ». Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.138.

recommandations¹¹⁷³. Mais en aucun cas les constatations et recommandations du Groupe spécial ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations énoncées dans les accords visés¹¹⁷⁴. Le rapport final du Groupe spécial est toujours remis d'abord aux parties au différend et quelques semaines plus tard il est distribué à tous les Membres¹¹⁷⁵. Dans le cadre des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC, à l'exception de l'affaire *Indonésie — Autos* (WT/DS59)¹¹⁷⁶, toutes les affaires examinées par les Groupes spéciaux à ce titre, ont débouché sur une condamnation pour non-conformité audit accord¹¹⁷⁷.

301. Toutefois, comme indiqué précédemment, les rapports des Groupes spéciaux ne sont pas des jugements énonçant des décisions, mais des rapports contenant des recommandations¹¹⁷⁸. Leur force obligatoire ne leur est en réalité accordée qu'au terme d'un examen politique, en l'occurrence par l'ORD¹¹⁷⁹.

¹¹⁷³ L'article 19:1 du Mémoire d'accord. À titre d'exemple, la suggestion du Groupe spécial faite dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plainte des États-Unis, WT/DS174 et plainte de l'Australie, WT/DS290) (voir respectivement les rapports précités du Groupe spécial sur ces affaires, WT/DS174/R, par. 8.5 et WT/DS290/R, par. 8.5). Notons, à cet égard, que les suggestions formulées dans le rapport du Groupe spécial n'ont pas la force obligatoire qui s'attache aux constatations adoptées. Sur ce point, voir Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.* p. 664 ; D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, pp. 923-924.

¹¹⁷⁴ L'article 19:2 du Mémoire d'accord.

¹¹⁷⁵ P. Van Den Bossche et G. Marceau, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *op.cit.*, p. 57.

¹¹⁷⁶ Dans cette affaire, l'Accord sur les ADPIC a été invoqué à titre subsidiaire en relation avec la protection des marques. Après examen, le Groupe spécial a considéré que les États-Unis n'avaient pas démontré que l'Indonésie avait agi en violation de ses obligations au regard de l'Accord sur les ADPIC. Sur cette affaire, voir *infra*, §535.

¹¹⁷⁷ Il s'agit des affaires suivantes : *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des États-Unis (WT/DS50) ; *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des Communautés européennes (WT/DS79) ; *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ; *États-Unis — Article 110 5) de la Loi s des Etats-Unis sur le droit d'auteur* (WT/DS160) ; *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170) ; *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176) ; *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, plainte des États-Unis (WT/174) ; *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, plainte de l'Australie (WT/DS290) ; *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (WT/DS362). Nous reviendrons plus en détails sur ces affaires, dans la deuxième partie, titre I, chapitre 2.

¹¹⁷⁸ G. Sacerdoti, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *op.cit.*, p. 785 ; M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale de commerce », *op.cit.*, p. 257.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

2. L'adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial

302. Bien qu'il contienne des constatations et des conclusions sur le fond du différend, le rapport du Groupe spécial ne devient en effet contraignant pour les parties au différend qu'une fois adopté par l'ORD. Toutefois, pour être adopté à une réunion de l'ORD, un rapport de Groupe spécial doit être inscrit à l'ordre du jour de cette réunion. La pratique veut que seuls les Membres de l'OMC puissent demander l'inscription de points à l'ordre du jour d'une réunion à venir de l'ORD¹¹⁸⁰.

303. Mais une fois que le rapport est inscrit à l'ordre du jour de l'ORD pour adoption, celui-ci doit l'adopter 20 jours au plus tôt, mais 60 jours au plus tard après la date de sa distribution aux Membres¹¹⁸¹, à moins qu'une partie au différend ne lui notifie formellement sa décision de faire appel¹¹⁸² ou qu'il ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport¹¹⁸³. Cette dernière hypothèse est improbable, voire impossible, car, pour rejeter le rapport du Groupe spécial, il ne suffit pas qu'un seul Membre ou une majorité des Membres s'oppose à son adoption ; il faut, pour ce faire, un consensus contre cette adoption réunissant tous les Membres représentés à la réunion pertinente de l'ORD (appelé consensus négatif)¹¹⁸⁴. Ce cas paraît relever de la pure hypothèse d'école puisqu'il suppose que le Membre « gagnant » renonce lui-même au gain que précisément il a recherché¹¹⁸⁵. Ainsi, la partie qui a perdu au stade du Groupe spécial, ne peut rien faire à elle seule pour empêcher l'adoption

¹¹⁸⁰ Ce qui signifie que si aucun Membre ne demande l'inscription du rapport d'un Groupe spécial à l'ordre du jour de l'ORD pour adoption, le rapport n'est pas adopté, bien que cela ne soit pas conforme à l'article 16:4 du Mémorandum d'accord. Ce dernier dispose en effet que « *dans les 60 jours suivant la date de distribution du rapport d'un groupe spécial aux Membres, ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport* ». Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s4p1_f.htm#fnt2 (consulté le 16 janvier 2017) ; B. Mueller-Holyst, « Le rôle de l'Organe de règlement des différends dans le processus de règlement des différends », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 28.

¹¹⁸¹ Les articles 16:2 et 16:4 du Mémorandum d'accord. À cet égard, s'il n'est pas prévu de réunion de l'ORD pendant cette période, celui-ci doit en tenir une pour examiner et adopter le rapport (note de bas de page relative à l'article 16:4 du Mémorandum d'accord).

¹¹⁸² L'article 16:4 du Mémorandum d'accord. En effet, il faut attendre l'achèvement de la procédure d'appel, car l'Organe d'appel pourrait modifier ou infirmer les constatations et conclusions du Groupe spécial. Mais, si la partie plaignante décide ne pas faire appel contre certaines constatations du Groupe spécial, celles-ci deviennent donc la résolution définitive du différend. En ce sens, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 903.

¹¹⁸³ L'article 16:4 du Mémorandum d'accord.

¹¹⁸⁴ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s4p1_f.htm#fnt2 (consulté le 24 janvier 2017). C'est la grande innovation apportée par le Mémorandum d'accord. Voir *supra*, §38.

¹¹⁸⁵ H. Comte, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », op.cit., p. 23.

comme c'était le cas dans le cadre du GATT¹¹⁸⁶. C'est pourquoi, l'adoption des rapports de Groupes spéciaux est réputée « quasi automatique »¹¹⁸⁷.

304. À ce jour, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, sur les dix affaires ayant fait l'objet d'un rapport de Groupe spécial, sept ont été adoptées¹¹⁸⁸. Les trois autres affaires ont cependant fait l'objet d'un examen de la part de l'Organe d'appel¹¹⁸⁹.

B. Le rapport de l'Organe d'appel et son adoption par l'ORD

305. Après l'examen des questions dont il est saisi, l'Organe d'appel présente un rapport¹¹⁹⁰ contenant deux parties : la partie descriptive et la partie relative aux constatations. La partie descriptive présente le contexte factuel du différend, l'historique de la procédure et résume les arguments de tous les participants. Dans la partie relative aux constatations, l'Organe d'appel examine dans le détail des questions soulevées en appel, établit ses conclusions et le raisonnement à l'appui de ces conclusions, et indique si les constatations et conclusions du Groupe spécial, dont il est fait appel, sont confirmées, modifiées ou infirmées¹¹⁹¹. Dans les cas où il est conclu que la mesure contestée est incompatible avec un

¹¹⁸⁶ Dans la pratique antérieure du GATT de 1974, il fallait obtenir le consensus « pour » (c'est à dire positif) des Parties Contractantes afin d'entériner les rapports de panels. La partie perdante avait ainsi la possibilité de bloquer l'adoption d'un rapport ou d'y opposer son veto. Sur ce consensus, voir G. Sacerdoti, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC: les enseignements des dix premières années », *op.cit.*, p. 771 ; H. Ghérari, « Chapitre 79. Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques : le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 944 ; OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c6s4p1_f.htm#fnt2 (consulté le 27 janvier 2017).

¹¹⁸⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 740 ; H. Comte, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *op.cit.*, p. 23 ; P. Van Den Bossche, « La constitution du «Tribunal mondial du commerce. Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 68.

¹¹⁸⁸ Il s'agit des affaires suivantes : *Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, (WT/DS59) ; *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des Communautés européennes (WT/DS79) ; *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ; *États-Unis — Article 110 5) de la Loi s des Etats-Unis sur le droit d'auteur* (WT/DS160) ; *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, plainte des États-Unis (WT/174) ; *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, plainte de l'Australie (WT/DS290) ; *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (WT/DS362). Nous reviendrons plus en détails sur ces affaires dans la deuxième partie, titre I, chapitre 2.

¹¹⁸⁹ Il s'agit des affaires suivantes : *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS50) ; *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170) ; *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176). Ces affaires seront examinées en détails dans la partie II, titre I, chapitre 2.

¹¹⁹⁰ En effet, l'Organe d'appel ne prononce pas un arrêt. Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 108, § 266.

¹¹⁹¹ L'article 17:13 du Mémorandum d'accord.

accord visé, l'Organe d'appel recommande que le Membre concerné la rende conforme à ses obligations en vertu dudit accord¹¹⁹². Dans la pratique, ces recommandations sont adressées à l'ORD, qui doit ensuite demander au Membre concerné de rendre la mesure conforme aux dispositions pertinentes du droit de l'OMC. Comme le Groupe spécial, l'Organe d'appel peut aussi suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre la recommandation¹¹⁹³, mais celui-ci n'a pas usé de ce droit jusqu'ici dans le contexte d'un différend relatif aux ADPIC.

306. Comme pour les rapports des Groupes spéciaux, les rapports de l'Organe d'appel ne deviennent obligatoires pour les parties des différends qu'après leur adoption par l'ORD. Aussi, la règle d'adoption est la même que celle qui s'applique pour les rapports des Groupe spéciaux, laquelle est décrit plus haut, à savoir « le consensus négatif »¹¹⁹⁴.

307. Ainsi, dans un délai de 30 jours à compter de sa distribution aux Membres de l'OMC, le rapport de l'Organe d'appel, ainsi que le rapport du Groupe spécial, tel que confirmé, modifié ou infirmé, sont inscrits à l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD pour adoption¹¹⁹⁵. L'ORD adopte les rapports, à moins qu'il n'en décide autrement par consensus, ce qui n'est jamais arrivé¹¹⁹⁶, car cette hypothèse, comme expliqué précédemment, exige l'accord de la partie ayant obtenu gain de cause, ce qui est improbable, voire impossible. Dès lors, l'adoption du rapport de l'Organe d'appel par l'ORD est quasi automatique¹¹⁹⁷, ce qui est de nature à renforcer le caractère obligatoire et quasi judiciaire de la procédure de règlement des différends de l'OMC¹¹⁹⁸. Cette procédure d'adoption est toutefois sans préjudice du droit des Membres d'exprimer leurs vues sur un rapport de l'Organe d'appel¹¹⁹⁹.

308. Cependant, l'adoption par l'ORD des rapports des Groupes spéciaux et, le cas échéant, de l'Organe d'appel ne marque pas la fin du différend. Si le Membre condamné ne mettait pas en œuvre les recommandations de l'ORD contenues dans ces rapports, le processus menant au règlement du différend pourrait s'avérer très long.

¹¹⁹² L'article 19:1 du Mémoire d'accord.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ Voir *supra*, §38.

¹¹⁹⁵ L'article 17:14 du Mémoire d'accord.

¹¹⁹⁶ À noter, que si les constatations et conclusions du Groupe spécial ont été modifiées ou infirmées par l'Organe d'appel, ce sont celles du rapport de l'Organe d'appel qui font foi.

¹¹⁹⁷ Voir *supra*, §303.

¹¹⁹⁸ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 915. À l'article 17:14 du Mémoire d'accord, il est toutefois indiqué que le rapport adopté de l'Organe d'appel « sera accepté sans condition par les parties au différend ».

¹¹⁹⁹ L'article 17:14 du Mémoire d'accord.

Section 2 : La mise en œuvre des rapports des Groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD

309. En adoptant le rapport du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel, l'ORD reprend à son compte les recommandations formulées par ces organes¹²⁰⁰. Cette appellation de « recommandations » ne doit, toutefois, pas prêter à confusion car, comme le note le Professeur Hélène Ruiz Fabri, il s'agit d'une prescription obligatoire pour les destinataires du rapport et sur lesquels pèse une obligation positive d'exécuter¹²⁰¹. Elle est adressée tout particulièrement à la partie condamnée (§1). D'ailleurs, tout défaut de mise en conformité des recommandations et décisions de l'ORD par le Membre condamné est susceptible d'être lourdement sanctionné (§2).

§1. La mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD par la partie condamnée

310. L'objectif premier des recommandations de l'ORD est d'obtenir la conformité aux règles de l'OMC de la mesure incriminée¹²⁰². En principe, à l'issue de la procédure de règlement des différends, le Membre sur lequel pèse la charge d'exécution doit, dans les trente jours suivant l'adoption du rapport du Groupe spécial ou du rapport de l'Organe d'appel, informer l'ORD de ses intentions concernant la mise en œuvre des recommandations¹²⁰³.

311. Aux termes de l'article 21:1 du Mémorandum d'accord, « *pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD* ». En principe, le Membre défaillant se met en conformité par le retrait de la mesure incriminée

¹²⁰⁰ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 915.

¹²⁰¹ H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri, L.-A. Siciliano, J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationales. Mécanismes de suivi et de contrôle*, Paris, Pedone, 2000, p. 156.

¹²⁰² Il ne s'agit en effet pas d'établir une responsabilité ou de réparer un dommage causé par une mesure illicite. Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, op.cit., p. 48. Comme l'écrit très justement le Professeur Yves Nouvel, « *l'inobservation de l'obligation primaire ne fait pas apparaître une obligation secondaire de réparer, mais une simple obligation dérivée venant comme un rappel et une précision de l'obligation primaire* » (Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », op.cit., p. 665). En outre, les recommandations de mise en conformité des Groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel n'ont pas d'effet rétroactif. Elles exigent uniquement que la mise en conformité soit exécutée pour l'avenir. À ce sujet, voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., p. 925 ; Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », op.cit., p. 665.

¹²⁰³ L'article 21:3 du Mémorandum d'accord.

incompatible avec l'Accord sur l'OMC¹²⁰⁴, mais il le peut aussi par d'autres moyens comme par exemple la modification de loi ou règlement, entre autres¹²⁰⁵. C'est pourquoi, s'il est irréalisable pour le Membre condamné de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions de l'ORD, ce Membre aura un « délai raisonnable » pour le faire (A). Pour autant, cette mise en œuvre n'est pas laissée à la complète discrétion des Membres de l'OMC, elle fait, au contraire, l'objet d'une surveillance multilatérale exercée par l'ORD¹²⁰⁶ (B). Aussi, dans un souci d'efficacité, un recours est institué en cas de désaccord sur la mise en conformité (C).

A. Le délai raisonnable accordé à la partie condamnée pour exécuter les recommandations de l'ORD

312. En vertu de la procédure de règlement des différends de l'OMC, une fois le(s) rapport(s) du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel adopté(s) par l'ORD, le Membre sur lequel pèse la charge d'exécution doit donner suite, dans les moindres délais, à la recommandation de l'ORD¹²⁰⁷. S'il est irréalisable pour le Membre concerné de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions de l'ORD, ce Membre aura un délai raisonnable pour le faire¹²⁰⁸.

313. Selon les alinéas a), b), c) de l'article 21:3 du Mémoire d'accord, il y a trois façons de déterminer un délai raisonnable pour la mise en œuvre¹²⁰⁹ :

- 1) sur proposition de la partie mettant en œuvre. Celle-ci étant toutefois soumise à l'approbation de l'ORD [l'alinéa a)]¹²¹⁰ ;

¹²⁰⁴ L'article 3:7 du Mémoire d'accord dispose que « le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés ».

¹²⁰⁵ Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 48 ; Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 665.

¹²⁰⁶ En ce sens, H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 155.

¹²⁰⁷ En effet, à une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci. S'il n'est pas prévu de réunion de l'ORD pendant cette période, celui-ci tiendra une réunion à cette fin. Voir l'article 21:1 du Mémoire d'accord.

¹²⁰⁸ L'article 21:3 du Mémoire d'accord. Le délai raisonnable est considéré comme une période de grâce accordée au Membre concerné pour mettre ses mesures en conformité aux règles de l'OMC et pendant laquelle il ne peut subir les conséquences prévues par le Mémoire d'accord.

¹²⁰⁹ Voir W. Zdouc, « Le délai raisonnable pour la mise en conformité avec les décisions et recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 95.

¹²¹⁰ Cette approbation se fait par consensus conformément à l'article 2:4 du Mémoire d'accord.

2) mutuellement convenu entre les parties du différend dans les 45 jours suivant la date d'adoption des rapports du Groupe spécial et/ ou de l'Organe d'appel par l'ORD [l'alinéa b)] ;

3) par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant l'adoption des rapports du Groupe spécial et /ou de l'Organe d'appel par l'ORD [l'alinéa c)].

314. Dans la pratique, tous les Membres condamnés par l'ORD au titre de l'Accord sur les ADPIC (que ce soit les pays développés ou les pays en développement) ont déclaré qu'ils avaient besoin d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations de l'ORD. Ce délai raisonnable a souvent été mutuellement convenu par les parties conformément à l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord (1) et quelque fois déterminé par arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord (2). Il a aussi été déterminé au titre de l'article 21:3 a) du Mémoire d'accord, à savoir l'approbation par consensus par l'ORD. Il s'agit de l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹²¹¹. Cependant, dans cette affaire, il est important de faire remarquer que l'ORD a approuvé la demande de prorogation du délai raisonnable qui a été initialement déterminé par arbitrage conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord¹²¹².

1. La détermination du délai raisonnable par les parties du différend conformément à l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord

315. Cette méthode de détermination du délai raisonnable a souvent été utilisée dans le contexte des différends relatifs aux ADPIC. En effet, sur les neuf rapports adoptés débouchant sur une recommandation de l'ORD, six affaires ont bénéficié d'un délai raisonnable convenu mutuellement par les parties au différend. Comme le montre le tableau n°6 ci-dessous, il s'agit des affaires suivantes : *Inde — Brevets*, plaintes des États-Unis (WT/DS50) et de la Communauté européenne (WT/DS79) ; *Communautés européennes — Marques et indications géographiques*, plaintes des États-Unis (WT/DS174) et de l'Australie

¹²¹¹ En effet, dans une communication écrite adressée à l'ORD, les États-Unis ont proposé la modification du délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD de façon à arriver à expiration le 31 décembre 2001, ou à la date à laquelle la session en cours du Congrès des États-Unis sera ajournée, si cette date est antérieure. Voir OMC, *Modification proposée du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/14, 18 juillet 2001. À sa réunion du 24 juillet 2001, l'ORD a accepté la proposition des États-Unis. À noter que les Communautés européennes n'étaient pas opposées à la demande des États-Unis. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juillet 2001*, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, pp. 14-15.

¹²¹² OMC, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur. Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/12, 15 janvier 2001.

(WT/DS290) ; *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, plainte de la Communauté européenne (WT/DS 176) et *Chine — Droit de propriété intellectuelle*, plainte des États-Unis (WT/DS362).

Tableau n°6 : Les délais raisonnables mutuellement convenus par les parties au différend conformément à l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord

Différend	Date d'adoption du rapport du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel par l'ORD	Délai raisonnable mutuellement convenu par les parties au différend
<i>États-Unis C/Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS50)</i>	16 janvier 1998	Quinze mois (expiré le 16 avril 1999)
<i>Communautés européennes C/Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS79)</i>	22 septembre 1998	Délai fixé en tenant compte de celui qui avait été convenu dans un différend similaire soumis par les États-Unis (WT/DS50) (expiré en avril 1999)
<i>Communautés européennes — Marques et indications géographiques, (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290)</i>	22 avril 2005	Onze mois et deux semaines (expiré le 3 avril 2006)
<i>Communautés européennes C/États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits (WT/DS 176)</i>	1 ^{er} février 2002	Délai modifié plusieurs fois par les parties au différend, à savoir les Communautés européennes et les États-Unis. (expiré le 31 décembre 2002, ou à la date à laquelle la session alors en cours du Congrès des États-Unis serait ajournée, si cette date était postérieure, et en tout état de cause au plus tard le 3 janvier 2003)
<i>États-Unis C/ Chine — Droit de propriété intellectuelle (WT/DS362)</i>	20 mars 2009	Douze mois (expiré le 20 mars 2010)

Source: liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC

316. Dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*¹²¹³, plusieurs séries de consultations bilatérales ont été menées entre les parties au différend, à savoir l'Inde et les États-Unis, en vue de convenir mutuellement d'un délai raisonnable, comme le prévoyait l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord. À la réunion de l'ORD du 22 avril 1998, les parties ont annoncé qu'elles avaient convenus d'un délai de mise en œuvre de 15 mois, à compter du 16 janvier 1998, date d'adoption des recommandations et décisions de l'ORD¹²¹⁴. En conséquence, le délai raisonnable viendrait à expiration le 16 avril 1999.

317. Dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS79)*¹²¹⁵, les parties au différend, à savoir l'Inde et les Communautés européennes, avaient procédé à deux séries de consultations bilatérales en vue de convenir ensemble d'un délai raisonnable, conformément à l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord. À la réunion de l'ORD du 25 novembre 1998, l'Inde a lu une déclaration rédigée conjointement avec les Communautés européennes, par laquelle les deux parties informaient l'ORD que les consultations bilatérales leur avaient permis de fixer un délai raisonnable allant jusqu'au 19 avril 1999 pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD¹²¹⁶. Il a été indiqué que ce délai avait été fixé en tenant compte de celui qui avait été convenu entre l'Inde et les États-Unis dans le cadre d'un précédent différend portant sur le même sujet (WT/DS50)¹²¹⁷.

318. Dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques*, (plaintes des États-Unis, WT/DS174¹²¹⁸ et de l'Australie, WT/DS290)¹²¹⁹, les parties au différend, à savoir les Communautés européennes, l'Australie et les États-Unis, ont informé l'ORD par une communication conjointe, datée du 9 juin 2005, qu'elles avaient

¹²¹³ Le 16 janvier 1998, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial (tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel) sur l'affaire *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (plainte des États-Unis). Voir le document, WT/DS50/9, daté du 27 janvier 1998.

¹²¹⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 avril 1998*, WT/DSB/M/45, 10 juin 1998, p. 19.

¹²¹⁵ À sa réunion du 22 septembre 1998, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (plainte des Communautés européennes). Voir le document, OMC, WT/DS79/5 IP/D/7/Add.1, daté du 25 septembre 1998.

¹²¹⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 25 novembre 1998*, WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999, p. 33.

¹²¹⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹²¹⁸ À sa réunion du 20 avril 2005, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte des États-Unis). Voir le document : OMC, WT/DS174/23, 25 avril 2005.

¹²¹⁹ À sa réunion du 20 avril 2005, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (plainte de l'Australie). Voir le document : OMC, WT/DS290/21, 25 avril 2005.

convenus que le délai raisonnable imparti aux Communautés européennes pour la mise en œuvre serait de onze mois et deux semaines, et viendrait à expiration le 3 avril 2006¹²²⁰.

319. Dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)*¹²²¹ les parties au différend, à savoir les États-Unis et les Communautés européennes, ont informé l'ORD par une lettre conjointe, datée du 28 mars 2002, qu'elles étaient parvenues à un accord mutuel sur le délai raisonnable pour la mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD. La mise en conformité requiert une action législative de la part du Congrès des États-Unis. Le délai raisonnable viendrait donc à expiration le 31 décembre 2002, ou à la date à laquelle la session alors en cours du Congrès des États-Unis serait ajournée, si cette date était postérieure ; et en tout état de cause au plus tard le 3 janvier 2003¹²²². Le 20 décembre 2002, dans une lettre conjointe, les États-Unis et les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'ils s'étaient mutuellement convenus de modifier le délai raisonnable pour la mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD, de façon qu'il prenne fin le 30 juin 2003¹²²³. Dans une autre communication conjointe, datée du 30 juin 2003, les parties au différend ont informé l'ORD qu'elles s'étaient mutuellement convenues de modifier le délai raisonnable imparti aux États-Unis pour la mise en œuvre ; ce délai arriverait à expiration le 31 décembre 2003¹²²⁴. Une autre fois, dans une autre lettre conjointe datée du 19 décembre 2003, les Communautés européennes et les États-Unis ont informé l'ORD qu'ils avaient mutuellement décidé de modifier le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD ; ce délai arriverait à expiration le 31 décembre 2004¹²²⁵. Dans encore une autre lettre conjointe, datée du 17 décembre 2004, les parties au différend ont informé l'ORD qu'elles s'étaient mutuellement convenues de modifier le délai raisonnable imparti aux États-

¹²²⁰ OMC, *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires. Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS174/24, WT/DS290/22, 13 juin 2005.

¹²²¹ À sa réunion du 1^{er} février 2002, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial (tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel) sur l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*. Voir le document : OMC, WT/DS176/9, 6 février 2002.

¹²²² OMC, *Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/10, 5 avril 2002.

¹²²³ OMC, *Modification de l'accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/12, 7 janvier 2003.

¹²²⁴ OMC, *Modification de l'accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/13, 3 juillet 2003.

¹²²⁵ OMC, *Modification de l'accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/14, 24 décembre 2003.

Unis pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD ; ce délai arriverait à expiration le 30 juin 2005¹²²⁶.

320. Dans l'affaire *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle (WT/DS362)*¹²²⁷, les parties au différend, à savoir la Chine et les États-Unis, ont informé l'ORD par une lettre conjointe, datée du 29 juin 2009, qu'elles s'étaient convenues que le délai raisonnable imparti à la Chine pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD serait de 12 mois, et viendrait à expiration le 20 mars 2010¹²²⁸.

2. La détermination du délai raisonnable par arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord

321. Conformément à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord, en l'absence d'un accord entre les parties sur un délai, le délai raisonnable sera déterminé « *par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions* » de l'ORD. Comme l'écrit le Professeur Hélène Ruiz Fabri, « *cette procédure existe avant tout pour protéger le plaignant initial contre tout comportement dilatoire du défendeur* »¹²²⁹.

322. L'arbitre est désigné en principe par les parties au différend. Mais si elles ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un arbitre dans un délai de 10 jours après que la question aura été soumise à arbitrage, c'est le Directeur général de l'OMC qui désignera l'arbitre dans les 10 jours, après avoir consulté les parties¹²³⁰. L'arbitre peut être une personne ou un groupe¹²³¹. En pratique, les arbitres agissant en vertu de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord, étaient toujours une personne, en général un membre en exercice ou un ancien membre de l'Organe d'appel (voir le tableau n°7 ci-dessous)¹²³².

323. Habituellement, dans cette procédure, l'arbitre établit un calendrier de travail en consultation avec les parties et il fixe des dates pour les communications écrites et la tenue

¹²²⁶ OMC, *Modification de l'accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/15, 21 décembre 2004.

¹²²⁷ À sa réunion du 20 mars 2009, l'Organe de règlement des différends a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*. Voir le document : OMC, WT/DS362/10, IP/D/26/Add.1, 27 March 2009.

¹²²⁸ OMC, *Communication présentée par la Chine et les États-Unis concernant l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS362/13, 3 juillet 2009.

¹²²⁹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC: une forme d'arbitrage ? », *op.cit.*, p. 104.

¹²³⁰ La note de bas de page 12 relative à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord.

¹²³¹ La note de bas de page 13 relative à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord.

¹²³² Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op.cit.*, p. 105, note de bas de page n°23 ; W. Zdouc, « Le délai raisonnable pour la mise en conformité avec les décisions et recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 96.

d'une audience. L'arbitre remet la décision aux parties et la distribue à tous les Membres de l'OMC. Les règles du Mémoire d'accord ne prévoient pas l'adoption, ni l'examen de la décision à une réunion de l'ORD¹²³³.

324. Dans son examen, l'arbitre devrait partir du principe que le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel¹²³⁴. Toutefois, ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances¹²³⁵. Il est à rappeler, et c'est important, qu'un « délai raisonnable » n'est pas accordé sans condition. Il ressort clairement de l'article 21:3 qu'un délai raisonnable n'est imparti pour la mise en œuvre que « [s]'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions » de l'ORD¹²³⁶. Une mise en conformité dans les moindres délais est en principe *la règle*, l'octroi d'un délai raisonnable pour la mise en conformité est donc censé être *l'exception*¹²³⁷.

325. La mission de l'arbitre consiste à fixer le délai raisonnable pour la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD, il n'entre pas dans son mandat de suggérer des façons ou des moyens de les mettre en œuvre¹²³⁸. Le choix du moyen de mise en œuvre est la prérogative du Membre concerné, pour autant que le moyen choisi soit compatible avec les recommandations et décisions de l'ORD et les dispositions des accords visés¹²³⁹. Il n'entre pas non plus dans la responsabilité de l'arbitre de déterminer la *compatibilité* de la mesure de mise en œuvre proposée avec les recommandations et décisions de l'ORD. Comme il sera développé ultérieurement, il incombe exclusivement au Groupe spécial de la mise en conformité, établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord,

¹²³³ W. Zdouc, « Le délai raisonnable pour la mise en conformité avec les décisions et recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 96 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op.cit.*, p. 105. En effet, la décision de l'arbitre est directement obligatoire sans avoir à être adoptée par l'ORD et sans d'ailleurs être inscrite sur son agenda, ni pouvoir faire l'objet d'un débat.

¹²³⁴ L'article 21:3 c) du Mémoire d'accord.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ Décision de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques. Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/13 18 août 2000, par. 45.

¹²³⁷ Voir les articles 21:1 et 21:3 du Mémoire d'accord. Voir également W. Zdouc, « Le délai raisonnable pour la mise en conformité avec les décisions et recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 94.

¹²³⁸ Conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, la question sur laquelle il convient qu'un arbitre se penche « est celle de ce qu'il faut faire, mais celle du moment où le faire » (Décision précitée de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques. Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/13, par. 41).

¹²³⁹ *Ibid.*, par. 39.

d'examiner les incompatibilités alléguées des mesures de mise en œuvre prises par la partie condamnée avec les décisions et recommandations de l'ORD ou avec le droit de l'OMC, en général¹²⁴⁰.

326. À ce jour, trois décisions arbitrales ont été rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC au titre de la procédure prévue par l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les affaires suivantes : *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ; *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) et *Canada — Durée d'un brevet* (WT/DS170).

Tableau n°7 : Les décisions arbitrales rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord

Différend	Date d'adoption du rapport du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel	L'arbitre choisi par les parties	Nature du moyen de mise en œuvre choisie par la partie condamnée	Délai raisonnable accordé par l'arbitre
<i>Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques</i> , plainte des Communautés européennes (WT/DS114)	7 avril 2000	James Bacchus (membre de l'Organe d'appel en exercice)	Réglementaire	6 mois
<i>États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur</i> , plainte des Communautés européennes (WT/DS160)	27 juillet 2000	Julio Lacarte-Muró (un membre de l'Organe d'appel en exercice)	Législative	12 mois
<i>Canada — Durée de la protection conférée par un brevet</i> , plainte des États-Unis (WT/DS170)	12 octobre 2000	Claus-Dieter Ehlemann (un membre de l'Organe d'appel en exercice)	Législative	10 mois

Source : liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC

327. Dans l'affaire *Canada — Brevets pour produits pharmaceutiques* (WT/DS114)¹²⁴¹, les parties au différend, à savoir le Canada et les Communautés

¹²⁴⁰ *Idem.*, par. 41 à 42.

européennes, ont eu des discussions approfondies concernant le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD¹²⁴². Cependant, aucune solution mutuellement satisfaisante n'a été trouvée à cet égard. Par conséquent, les Communautés européennes ont demandé que le délai raisonnable pour la mise en œuvre soit déterminé par arbitrage contraignant, conformément aux dispositions de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord¹²⁴³. Par lettre conjointe datée du 20 juin 2000, le Canada et les Communautés européennes ont informé le Directeur général qu'ils avaient convenu de confier l'arbitrage de cette affaire à M. James Bacchus¹²⁴⁴. Ce dernier faisait en effet partie des membres de l'Organe d'appel en exercice¹²⁴⁵. Le 18 août 2000, l'arbitre a déterminé que le délai raisonnable imparti au Canada pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD était de six mois à compter de la date d'adoption du rapport de Groupe spécial par l'ORD, soit le 7 avril 2000. Le délai raisonnable prendra par conséquent fin le 7 octobre 2000¹²⁴⁶.

328. Dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹²⁴⁷, les parties au différend, à savoir les Communautés européennes et les États-Unis, ont eu des discussions approfondies concernant le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD¹²⁴⁸, mais aucune solution mutuellement satisfaisante n'a été trouvée à cet égard. Par conséquent, les Communautés européennes ont demandé que le délai raisonnable pour la mise en œuvre soit déterminé par arbitrage contraignant,

¹²⁴¹ À sa réunion du 7 avril 2000, l'Organe de règlement des différends a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*. Voir le document : OMC, WT/DS114/9, 17 Avril 2000.

¹²⁴² À vrai dire, dans cette affaire, le délai initial pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD avait été déterminé et prolongé par un consentement mutuel entre les parties au titre de l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord. Voir le document : OMC, WT/DS114/10 du 31 mai 2000.

¹²⁴³ OMC, *Demande d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS114/11, 16 juin 2000.

¹²⁴⁴ OMC, *Désignation d'un arbitre conformément à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/12, 20 juin 2000.

¹²⁴⁵ James Bacchus (originaire des États-Unis d'Amérique), a fait partie de l'Organe d'appel de 1995 à 2003. En 2002, il a été élu Président de l'Organe d'appel par les autres membres et a été réélu par eux pour un deuxième mandat de Président qui a pris fin en 2003.

¹²⁴⁶ Décision de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/13 18 août 2000, par. 64.

¹²⁴⁷ À sa réunion du 27 juillet 2000, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis — Article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur*. Voir le document : OMC, WT/DS160/8, IP/D/16/Add.1, 31 Juillet 2000.

¹²⁴⁸ Dans une communication datée du 24 août 2000, les États-Unis ont proposé que le délai raisonnable pour la mise en œuvre soit de 15 mois. Voir le document: OMC, *Communication des États-Unis, États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, plainte de la Communauté européenne*, WT/DS160/9, 31 août 2000.

conformément aux dispositions de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord¹²⁴⁹. Par lettre conjointe datée du 22 novembre 2000, les parties au différend ont informé le Directeur général qu'elles avaient confié l'arbitrage de cette affaire à M. Julio Lacarte-Muró¹²⁵⁰. Ce dernier faisait partie des membres de l'Organe d'appel en exercice¹²⁵¹. Le 15 janvier 2001, l'arbitre a déterminé que le délai raisonnable imparti aux États-Unis pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans cette affaire était de 12 mois à compter du 27 juillet 2000, date d'adoption du rapport du Groupe spécial par l'ORD. Le délai raisonnable arrivera donc à expiration le 27 juillet 2001¹²⁵².

329. Dans l'affaire *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170)¹²⁵³, bien que les parties au différend, à savoir le Canada et les États-Unis, aient eu plusieurs discussions bilatérales au sujet d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre par le Canada des décisions et recommandations de l'ORD, ils n'ont cependant pas trouvé un accord. En conséquence, les États-Unis ont demandé que le délai raisonnable soit déterminé par arbitrage contraignant conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord¹²⁵⁴. Par lettre conjointe datée du 10 janvier 2001, les parties au différend ont informé le Directeur général qu'elles avaient convenu de confier l'arbitrage de cette affaire à M. Claus-Dieter Ehlermann¹²⁵⁵. Ce dernier faisait en effet partie des membres de l'Organe d'appel en exercice¹²⁵⁶. Le 28 février 2001, l'arbitre a déterminé que le délai imparti au Canada pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD était de dix mois à compter du 12 octobre 2000, date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD. Le délai raisonnable arriverait donc à expiration le 12 août 2001¹²⁵⁷.

¹²⁴⁹ OMC, *Demande d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends présentée par les Communautés européennes et leurs États membres*, WT/DS160/10 26 octobre 2000.

¹²⁵⁰ OMC, *Désignation d'un arbitre conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/11, 22 novembre 2000

¹²⁵¹ OMC, Julio Lacarte-Muró (originaire de l'Uruguay), a fait partie de l'Organe d'appel de 1995 à 2001.

¹²⁵² Décision de l'arbitre, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, plainte de la Communauté européenne. Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/12, 15 janvier 2001, par. 47.

¹²⁵³ À sa réunion du 12 octobre 2000, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial (confirmé par le rapport de l'Organe d'appel) sur l'affaire *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*. Voir le document : OMC, WT/DS170/7, IP/D/17/Add.1, 25 Octobre 2000.

¹²⁵⁴ OMC, *Demande d'arbitrage présentée par les États-Unis au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS170/8, IP/D/17/Add.2, 20 décembre 2000.

¹²⁵⁵ OMC, *Désignation d'un arbitre conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS170/9, 10 janvier 2001.

¹²⁵⁶ Claus-Dieter Ehlermann (originaire de l'Allemagne), a fait partie de l'Organe d'appel de 1995 à 2001.

¹²⁵⁷ Décision de l'arbitre, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet. Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS170/10, 28 février 2001, par. 67.

330. Il importe de faire remarquer, comme le montre le tableau n°7 ci-dessus, que le délai raisonnable fixé par l'arbitre est différent dans chaque affaire. Il est fixé à 6 mois dans l'affaire *Canada — Brevets pour produits pharmaceutiques* (WT/DS114), à 12 mois dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) et à 10 mois dans l'affaire *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170). En effet, en vertu de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord, le délai raisonnable déterminé par l'arbitre pourrait être plus court ou plus long, « en fonction des circonstances ». Dans les trois cas d'affaires susmentionnées, on constate que le délai raisonnable a été déterminé en considérant des facteurs suivants :

i) La forme juridique de mise en œuvre (c'est-à-dire, la voie législative ou la voie réglementaire). En effet, si la mise en œuvre se fait par un moyen administratif, tel qu'un règlement, le délai raisonnable est plus court que si elle se faisait par un moyen législatif¹²⁵⁸. Ainsi, si le délai dans l'affaire *Canada — Brevets pour produits pharmaceutiques* (WT/DS114) est plus court (6 mois) que dans les deux affaires *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) et *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170) (respectivement 12 et 10 mois), c'est parce que dans la première affaire, le moyen de mise en œuvre était d'ordre réglementaire tandis que, dans les deux autres affaires, il était d'ordre législatif¹²⁵⁹.

ii) La complexité des mesures de mise en œuvre envisagées. Par exemple, dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), l'arbitre a tenu compte « à la fois des étapes juridiquement requises en vertu de la Loi sur les textes réglementaires et des étapes et des durées spécifiées dans la Politique de réglementation pour évaluer et calculer comme étant obligatoire un "délai raisonnable" »¹²⁶⁰. De même dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), l'arbitre a indiqué que « dans le présent arbitrage, bien qu'il soit vrai que le Congrès des États-Unis ait une marge de manœuvre en ce qui concerne la chronologie et la gestion de la procédure législative, il est évident que le processus comporte un certain nombre d'étapes laborieuses et complexes. [...] un "délai raisonnable" de dix mois [...] ne semble pas suffisant au vu des

¹²⁵⁸ Décision précitée de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/13, par. 49.

¹²⁵⁹ Décision précitée de l'arbitre, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/12, par. 34. Voir également la décision précitée de l'arbitre, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/10, par. 41.

¹²⁶⁰ Voir la décision précitée de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/13, par. 54.

circonstances de l'espèce »¹²⁶¹. Il y aussi d'autres éléments qui peuvent rendre la mise en œuvre complexe. Par exemple, si la mise en œuvre se fait au moyen de nouveaux règlements de vaste portée affectant de nombreux secteurs d'activités, il faudra alors disposer de suffisamment de temps pour rédiger les changements, consulter les parties affectées et apporter toutes modifications consécutives qui seraient nécessaires. Par contre, si la mise en œuvre proposée consiste en la simple abrogation d'une seule disposition se composant d'une phrase, voire de deux, il faudra alors à l'évidence moins de temps pour rédiger, consulter et achever la procédure¹²⁶². Sur la base de ce raisonnement, l'arbitre a considéré dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), après examen de fond du projet de changement réglementaire du Canada, que ce projet n'a rien « *qui puisse être qualifié de complexe* »¹²⁶³.

iii) Le caractère juridiquement contraignant, par opposition à facultatif, des étapes conduisant à la mise en œuvre que comporte un délai. En effet, si la loi d'un Membre prescrit un délai impératif pour une partie obligatoire du processus nécessaire pour apporter un changement réglementaire, sauf preuve du contraire en raison de circonstances inhabituelles dans une affaire donnée, cette fraction d'un délai proposé est alors raisonnable. Par contre, s'il n'y a pas une telle prescription, un Membre qui affirme qu'il a besoin d'un certain délai doit s'acquitter d'une charge de la preuve beaucoup plus lourde. Ce qui est requis par la loi doit être fait ; ce qui ne l'est pas ne doit pas nécessairement l'être, en fonction des faits et des circonstances dans un cas d'espèce¹²⁶⁴.

¹²⁶¹ Voir la décision précitée de l'arbitre, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, plainte de la Communauté européenne*, WT/DS160/12, par. 45.

¹²⁶² Voir la décision précitée de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/13, par. 50.

¹²⁶³ *Ibid.*, par. 58. À ce propos, il faut souligner aussi que la complexité dont il faut prendre en compte a trait au processus d'adoption de la mesure de mise en œuvre, et non aux difficultés politiques susceptibles d'être rencontrées. Dans l'affaire *Canada — Brevet pour les produits pharmaceutiques*, l'arbitre a considéré que le caractère contentieux que peut avoir une mesure de mise en œuvre sur le plan intérieur n'est pas un facteur à prendre en considération pour déterminer un délai raisonnable pour la mise en œuvre. Voir la décision précitée de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/13, 18 août 2000, par. 60.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, par. 51.

B. La surveillance par l'ORD de la mise en œuvre de ses recommandations par la partie condamnée

331. Conformément aux règles du Mémorandum d'Accord, c'est l'ORD qui assure la surveillance de la mise en œuvre de ses recommandations¹²⁶⁵. Cette fonction de surveillance « *est l'une des caractéristiques uniques et distinctives du mécanisme de règlement des différends à l'OMC* »¹²⁶⁶.

332. À moins que l'ORD n'en décide autrement¹²⁶⁷, la question de la mise en œuvre est inscrite à l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD, après une période de six mois suivant la date de fixation du délai raisonnable, et elle le reste jusqu'à sa résolution définitive¹²⁶⁸. Par cette inscription, il implique dans le chef du Membre concerné par la mise en œuvre de présenter à l'ORD, au moins dix jours avant chacune de ses réunions, un rapport de situation écrit indiquant où en est la mise en œuvre des recommandations¹²⁶⁹. La question de la mise en œuvre peut être soulevée à tout moment par tout Membre de l'OMC¹²⁷⁰. C'est « *une question d'intérêt général ou collectif* », comme l'écrit le Professeur Hélène Ruiz Fabri, même s'il est vraisemblable que cette initiative provient surtout du Membre concerné par la mise en œuvre¹²⁷¹. Cette procédure joue un rôle important dans le maintien d'une certaine pression multilatérale sur le Membre concerné, en assurant que l'attention de l'ensemble des autres Membres restera portée sur la question jusqu'à la résolution du différend¹²⁷². À ce titre, il est approprié de parler de « surveillance multilatérale »¹²⁷³.

¹²⁶⁵ L'article 2:1 et 21:6 du Mémorandum d'accord.

¹²⁶⁶ Déclaration du Président de l'ORD, M. Jonathan Fried. ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 26 mars 2013*, WT/DSB/M/330, 4 juin 2013, p. 2. Notons que cette surveillance fait partie du processus de règlement des différends de l'OMC car, comme l'a fait remarqué le Professeur Hélène Ruiz Fabri, dans l'exécution des obligations on trouve aussi du contentieux. Voir H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, pp. 155-156.

¹²⁶⁷ Bien évidemment par consensus négatif. Sur cette règle, voir *supra*, §38 et 303.

¹²⁶⁸ L'article 21:6 du Mémorandum d'accord. À noter que l'ORD doit continuer de tenir sous surveillance la mise en œuvre ses recommandations, y compris dans les cas où une compensation a été octroyée ou dans les cas où des concessions ou d'autres obligations ont été suspendues. Voir l'article 22:8 du Mémorandum d'accord.

¹²⁶⁹ L'article 21:6 du Mémorandum d'accord.

¹²⁷⁰ *Ibid.* En effet, comme lors des étapes précédentes de la procédure de règlement des différends, ce sont les Membres de l'OMC dont les représentants composent l'ORD, qui doivent prendre l'initiative d'inscrire des points à l'ordre du jour des réunions de l'ORD (et non le Secrétariat de l'OMC). OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s7p1_f.htm#txt15 (consulté le 28 janvier 2017).

¹²⁷¹ H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 165.

¹²⁷² É. Canal- Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 101.

¹²⁷³ H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 155.

333. Dans le contexte des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC, la surveillante de l'ORD s'est révélée décevante, notamment dans les affaires dans lesquelles les États-Unis sont impliqués : *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)* et *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits (WT/DS176)*¹²⁷⁴. Ces deux différends sont inscrits à l'ordre du jour des réunions de l'ORD depuis une dizaine d'années sans aucun progrès sur la mise en œuvre des recommandations ou décisions de celui-ci. Pis encore, les États-Unis, pendant toutes ces années, remettent à chaque réunion de l'ORD des rapports de situation à peu près identiques, en modifiant simplement la date¹²⁷⁵. En témoigne d'ailleurs la déclaration du Président de l'ORD M. Jonathan Fried qui a fait part, lors d'une réunion, de sa déception à l'égard de la mise en œuvre des rapports adoptés. Cette déclaration est d'une importance telle qu'elle mérite d'être retranscrite¹²⁷⁶:

*« Les Membres semblent avoir pris l'habitude de présenter des rapports de situation qui fournissent généralement des renseignements très limités concernant les efforts spécifiques qui sont actuellement menés ou qui sont entrepris pour donner suite à des recommandations ou décisions particulières de l'ORD. Les rapports de situation des Membres comportent souvent un libellé identique, quelles que soient les recommandations ou les décisions en question. Si je puis me permettre, c'est presque comme s'il fallait simplement remplir les espaces vides dans un modèle de document et envoyer ensuite le tout au Président de l'ORD. À titre d'exemple, dans le cas des différends qui sont régulièrement inscrits à l'ordre du jour de l'ORD, les Membres ne font guère chaque mois que répéter ce qui a été dit le mois précédent, en modifiant simplement la date du rapport et en donnant peu d'informations, voire aucune, sur la question de savoir où en sont les efforts de mise en œuvre »*¹²⁷⁷.

334. Le président a conclu sa déclaration par les termes suivants : *« En tant que Président de l'ORD, j'encouragerai donc les Membres à relire l'article 21:6 du Mémoire d'accord afin de ne pas perdre de vue, lors de l'établissement des rapports de situation, les intentions claires des rédacteurs du Mémoire d'accord. Je vous exhorte à garder présente à l'esprit l'obligation constante de présenter de véritables rapports de situation jusqu'à ce que la question visée soit résolue. Cela suppose de ne pas simplement remettre mécaniquement le même rapport pour chaque différend, ou le même rapport chaque mois*

¹²⁷⁴ Voir *infra*, §598 et s.

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ Originaire du Canada.

¹²⁷⁷ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 26 mars 2013*, document précité WT/DSB/M/330, p. 2. Pas d'italique dans l'original.

pour le même différend, en ne modifiant que la date. Si nous voulons être fidèles aux intentions des rédacteurs du *Mémorandum d'accord*, nous devrions présenter des rapports de situation qui fournissent des renseignements utiles et à jour concernant les efforts de mise en conformité à mesure que des progrès sont accomplis »¹²⁷⁸.

335. Ce sont des extraits certes assez longs, mais ils permettent d'apporter des éclaircissements sur les difficultés que rencontre le Président de l'ORD avec les Membres sur lesquels pèse la charge de l'exécution. Ils montrent aussi qu'au final la décision de respecter les recommandations de l'ORD relève de la bonne volonté des Membres condamnés¹²⁷⁹.

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ L'OMC n'a, en effet, pas de compétence supranationale d'exécuter, contre ses Membres, les décisions de l'ORD constatant des violations des règles du droit de l'OMC. L'ancien Directeur général de l'OMC M. Renato Ruggiero, a fait observer que l'OMC « n'est pas et n'a pas l'intention de devenir un organe supranational doté de pouvoirs extraterritoriaux. Ce n'est pas un gendarme du monde, capable d'obliger des gouvernements réticents à respecter des accords » (Allocution prononcée par M. Renato Ruggiero, Directeur général de l'OMC, le 17 mars à Genève lors du Symposium de l'OMC intitulé « Renforcer les complémentarités : commerce, environnement et développement durable ». Voir OMC, FOCUS, *Bulletin d'information*, avril 1998, n°29, p.6). Dans la même veine, Judith Hippler Bello écrit que “the WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas. Rather, the WTO-essentially a confederation of sovereign national governments-relies upon voluntary compliance. The genius of the GATT/WTO system is the flexibility with which it accommodates the national exercise of sovereignty, yet promotes compliance with its trade rules through incentives” (J. H. Bello, “The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More”, *American Journal of International Law* July, 1996, vol.90, p. 417. Voir également Y. Renouf, « Brève introduction au contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », in R. Yerxa et B. Wilson, *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 118). En effet, il est vrai, comme l'écrivent Dan Ciuriak et Charles M. Gastle, que le *Mémorandum d'accord* « recommande », et n'« ordonne » pas, au Membre concerné de respecter ses propres engagements envers l'OMC ; il autorise par ailleurs les parties lésées à simplement « imposer une suspension des avantages » plutôt que de permettre l'imposition de « sanctions ». En d'autres termes, à la différence du droit national où des sanctions de nature punitive peuvent être imposées, le *Mémorandum d'accord* peut uniquement créer des choix : une nation qui ne souhaite pas être liée par les dispositions de l'Accord sur les ADPIC peut choisir de ne pas s'y conformer et encourir le risque de retrait des concessions qui lui ont été faites. En somme, il y a des conséquences, mais il n'y a pas, au sens littéral, de mesures d'exécution. Voir D. Ciuriak et C.M. Gastle, « Les dimensions sociales de la mondialisation : commentaires sur le choix social et la convergence », in J.M. Curtis et Dan Ciuriak (éd.), *Les recherches en politique commerciale*, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2003, p. 246, en ligne à l'adresse suivante : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/E2-211-2003F.pdf> (consulté le 16 janvier 2016). Cependant, selon la majorité des spécialistes du droit de l'OMC, il existe une obligation juridique de mise en conformité avec le droit de l'OMC qui, même si elle ne ressort pas clairement du texte du *Mémorandum d'accord*, peut être décelée si on analyse soigneusement l'ensemble des règles du *Mémorandum d'accord* et quelques dizaines de dispositions conventionnelles qui imposent de prendre des mesures pour rendre les activités gouvernementales mises en cause compatibles avec les règles de l'OMC. Entre autres, l'article XVI§4 de l'Accord de Marrakech énonce de manière explicite que « 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 ». À ce sujet, voir J. H. Jackson, “Editorial comment: International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'?”, *American Journal of International Law*, 2004, vol.98, pp. 109-125, en ligne : <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=facpub> (consulté le 16 janvier 2016) ; D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, op.cit., pp. 978-981 ; P. Sutherland, J. Bhagwati et ali., *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif au Directeur général de l'OMC, M. Supachai Panitchpakdi, OMC, Suisse, 2004, p. 64-65, §241, en ligne: https://www.wto.org/french/thewto_f/10anniv_f/future_wto_f.pdf (consulté le 16 janvier 2016).

C. Le cas du désaccord sur la mise en conformité des recommandations de l'ORD par la partie condamnée

336. C'est des différends qui portent sur la mise en conformité entre la partie ayant obtenu gain de cause et la partie condamnée sur laquelle pèse la charge de la mise en conformité¹²⁸⁰. Selon l'article 21:5 du Mémoire d'accord, en cas de désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD, « *ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial* ».

337. Toutefois, dans l'article 21:5 du Mémoire d'accord, il n'est pas mentionné si le plaignant devait engager des consultations formelles avec le défendeur avant de demander le recours audit article, mais en même temps, il n'y a rien dans le texte qui empêche de le faire. Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), où les États-Unis (partie plaignante) avaient demandé l'ouverture de consultations avec l'Inde au sujet de *l'Ordonnance de 1999 sur les brevets (modification)* promulguée par l'Inde pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD, même s'ils étaient d'avis que l'article 21:5 du Mémoire d'accord ne les oblige pas à le faire¹²⁸¹.

338. La procédure au titre de l'article 21:5 n'intéresse pas la mesure initiale qui a donné lieu aux recommandations et décisions de l'ORD, mais plutôt la nouvelle mesure qui est prise « *pour se conformer* »¹²⁸². C'est pourquoi, cette procédure d'examen du Groupe spécial est parfois appelée « *procédure du Groupe spécial de la mise en conformité* »¹²⁸³. La tâche de ce Groupe spécial, établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, consiste à vérifier i) l'existence de mesures de mises en conformité et ii) qu'il s'agit bien de mesures « *prises pour se conformer* » aux recommandations et décisions de l'ORD ainsi que iii) la

¹²⁸⁰ Ces désaccords peuvent surgir si, par exemple, un nouveau règlement ou une nouvelle loi a été promulguée par la partie défenderesse initiale, mais que la partie plaignante estime que cela n'assure pas la pleine conformité. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s7p2_f.htm (consulté le 28 janvier 2017).

¹²⁸¹ OMC, *Recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Inde — protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/11, 20 janvier 1999.

¹²⁸² Rapport de l'Organe d'appel, *Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils. Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000, par. 36 et 41. Naturellement, les allégations, arguments et éléments de faits qui sont pertinents en ce qui concerne la « mesure prise pour se conformer » ne seront pas les mêmes que ceux qui étaient pertinents dans le cadre du différend initial (*ibid.*, par. 41).

¹²⁸³ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6 : Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s7p2_f.htm (consulté le 27 janvier 2017).

comptabilité des mesures de mise en conformité avec les accords visés¹²⁸⁴. Au terme de son examen, si le Groupe spécial considère que la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD est inexistante ou insatisfaisante, il le constate sans nécessairement réitérer une recommandation de mise en conformité¹²⁸⁵. Le Groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question¹²⁸⁶. Dans la pratique, bien que cela ne soit pas indiqué à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, les appels contre les rapports des Groupes spéciaux de la mise en conformité seraient possibles¹²⁸⁷.

339. Dans le cadre des différends sur les ADPIC, il n'est enregistré qu'un recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord : l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50). Il est à préciser que dans cette affaire le recours à cet article n'a pas donné lieu à une procédure du Groupe spécial de la mise en conformité. Les États-Unis avaient juste demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement indien au sujet de l'Ordonnance de 1999 sur les brevets (modification), promulguée pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. Les États-Unis souhaitaient en effet discuter de leurs préoccupations concernant l'Ordonnance avec les fonctionnaires du gouvernement indien à leur plus prompt convenance, avant de soumettre la question au Groupe spécial initial conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord si une solution mutuellement satisfaisante n'est pas trouvée. L'Inde avait accepté de tenir des consultations avec les États-Unis, étant donné qu'en promulguant l'Ordonnance, elle avait pris des mesures pour remplir ses obligations. Les Communautés européennes avaient participé à ces consultations, tenues le 11 février 1999 à Genève¹²⁸⁸. À la réunion de l'ORD du 28 avril 1999, l'Inde a présenté son rapport de situation final sur la mise en œuvre, dans lequel elle annonçait que la législation, visant à mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD, avait été adoptée. Elle a aussi exprimé sa gratitude envers les États-Unis et les Communautés européennes pour avoir fait en sorte que

¹²⁸⁴ É. Canal- Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC, op.cit.*, pp. 101- 102, citant dans la note de bas de page n°355 la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant le recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

¹²⁸⁵ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique, op.cit.*, p. 941.

¹²⁸⁶ Lorsque le Groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport. Voir l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

¹²⁸⁷ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s7p2_f.htm (consulté le 27 janvier 2017) ; B. McGivern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 111.

¹²⁸⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 28 avril 1999*, WT/DSB/M/60, 21 juin 1999, p. 3

les consultations aient servi à tenir compte des préoccupations de toutes les parties et à trouver une solution mutuellement acceptable¹²⁸⁹. L'Inde était heureuse de voir que ces efforts collectifs avaient permis aux parties d'arriver à un résultat qui soit à la fois conforme aux recommandations de l'ORD et satisfaisant pour toutes les parties¹²⁹⁰. Les États-Unis ont eux aussi remercié l'Inde d'avoir coopéré et d'avoir adopté une approche constructive pour trouver une solution au problème qu'ils avaient soulevé, ainsi que d'avoir bien voulu tenir des consultations étroites avec les autorités américaines¹²⁹¹.

340. Cependant, si la mise en œuvre n'intervient pas dans les délais raisonnables impartis ou dans les termes satisfaisants, le processus de règlement des différends de l'OMC ne s'arrête pas là. À défaut de non mise en œuvre des recommandations de l'ORD, le Mémorandum d'accord a aménagé de gros moyens, au profit du Membre victime du maintien de la mesure incriminée, pour contrer la dérive du Membre contrevenant.

§2. Le défaut de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD par la partie condamnée

341. En cas de défaut de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD dans le délai raisonnable imparti¹²⁹², le Mémorandum d'accord prévoit, au profit du Membre victime du maintien de la mesure incriminée, deux « *moyens temporaires de contrainte à l'exécution* »¹²⁹³. Ceux-ci peuvent consister soit dans l'octroi d'une compensation, soit dans la suspension de concessions ou d'autres obligations, c'est-à-dire les « mesures de rétorsion »¹²⁹⁴, parfois appelée les « contre-mesures »¹²⁹⁵(A). Cependant, le

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ *Idem.*, p. 4.

¹²⁹² Défini par les parties ou par arbitrage, s'il y a désaccord entre les parties.

¹²⁹³ Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 103 ; H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, 2000, n°3, p. 632.

¹²⁹⁴ Cette expression n'est pas employée dans le Mémorandum d'accord. Cependant, beaucoup d'auteurs utilisent cette expression. Il y a, par exemple, B. McGivern., « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 107 ; H. Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 170 ; S. Shadikhodjaev, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 2009, 292 p.

¹²⁹⁵ Parmi les auteurs qui utilisent cette expression, on peut citer : D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, p. 945 ; Y. Renouf, « Brève introduction au contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, pp. 118-120 ; C. Mocquart, « Efficacité des

recours à ces moyens n'est pas sans conditions. Certaines exigences ont été prévues à cet égard, notamment en ce qui concerne l'utilisation des mesures de rétorsion (B). S'agissant de ces dernières, en raison de certaines particularités de l'Accord sur les ADPIC, leur application pose, en pratique, certains problèmes et difficultés (C).

A. Les compensations et mesures de rétorsion : des moyens temporaires de contrainte à l'exécution

342. En vertu de l'article 22:1 du Mémorandum d'accord, dans le cas où les recommandations et décisions de l'ORD ne sont pas mises en œuvre dans le délai raisonnable imparti, la partie plaignante ayant obtenu gain de cause¹²⁹⁶ a la possibilité de recourir à des moyens de contrainte à l'exécution à savoir la compensation et/ou la rétorsion¹²⁹⁷ (1). Ces deux moyens sont toutefois conçus à titre temporaire¹²⁹⁸, la pleine exécution des recommandations et décisions de l'ORD étant largement préférée (2).

1. Des mesures de contrainte à l'exécution

343. À défaut de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD dans le délai raisonnable imparti, la partie plaignante ayant obtenu gain de cause est, à ce titre, habilitée à recourir, conformément à l'article 22:1 du Mémorandum d'accord, à des moyens de contrainte à l'exécution qui consistent dans l'octroi d'une compensation et/ou dans la rétorsion.

344. S'agissant des compensations, il est en effet prévu dans l'article 22:2 du Mémorandum d'accord que si le Membre concerné par les recommandations de l'ORD ne se conforme pas à celles-ci dans le délai raisonnable déterminé, il devra se prêter, si demande-lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai déterminé, à des négociations avec toute partie plaignante, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. En somme,

sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, janvier 2003, n°1, p. 42 ; Y. Sato, *L'encadrement juridique de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I- Panthéon Sorbonne, soutenue le 12 décembre 2007, p. 220.

¹²⁹⁶ En effet, cette possibilité est offerte uniquement aux parties plaignantes de l'affaire initiale, à l'exclusion de tout autre Membre de l'OMC (et même les tierces parties). Voir Y. Renouf, « Brève introduction aux contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 122 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 447.

¹²⁹⁷ Appelés par certains auteurs, les « dents de l'OMC ». P. Monnier, « Le système de compensations et de rétorsions de l'Organisation Mondiale du Commerce: les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou lancent-ils leurs billes comme des nuls? », *p.cit.*, p. 47.

¹²⁹⁸ Ceci est répété dans de nombreux articles du Mémorandum d'accord. Voir, par exemple, les articles 3:7, 22:1 et 22:8 du Mémorandum d'accord.

c'est une mesure volontaire négociée entre les parties¹²⁹⁹. Elle pourrait prendre diverses formes, telles que l'octroi d'un accès amélioré au marché du Membre défendeur (soit dans le même secteur, soit dans un secteur différent), ou une compensation pécuniaire¹³⁰⁰. Il convient de souligner, à cet égard, que cette mesure est une nouvelle option introduite dans le Mémorandum d'accord. L'ancien système de règlement des différends du GATT de 1974 ne contenait pas cette possibilité¹³⁰¹.

345. Quant aux rétorsions, à savoir la suspension de concessions ou d'autres obligations, celles-ci sont consacrées dans l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. Cette possibilité n'est pas nouvelle, comme c'est le cas des compensations, elle était en effet déjà expressément prévue dans le paragraphe 2 de l'article XXIII du GATT¹³⁰². Le terme « concession » vise tout ce qui est négocié en dehors de l'accord lui-même (par exemple, les taux de droits et autres engagements dans le domaine des biens et services) et l'expression « autres obligations » est assez large pour s'entendre de toute disposition de l'Accord sur l'OMC¹³⁰³. Toutefois, rappelons que cette possibilité ne peut être appliquée à l'encontre de la

¹²⁹⁹ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 633.

¹³⁰⁰ B. McGivern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel: Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 111. À ce propos, certains pensent que les compensations créent d'importantes différences de traitement dans le système parce qu'elles peuvent être employées seulement par des pays qui sont assez riches. En effet, les pays en développement et encore moins les pays moins avancés ne peuvent se permettre de proposer une compensation, dans la mesure où la plupart de ces pays n'ont ni la capacité, ni l'envie de supporter une telle dépense et que beaucoup de PMA sont déjà très lourdement endettés. À ce sujet, voir G. B. Dinwoodie and R. C. Dreyfuss, "TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, vol.36, issue 1, p. 116, en ligne : <http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1387&context=jil> (consulté le 26 janvier 2017) ; F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 14.

¹³⁰¹ En ce sens, Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *Annuaire Français de Droit International*, 1994, p. 786.

¹³⁰² Toutefois, dans toute l'histoire du GATT, il n'y a eu, un seul cas où la suspension de concessions fut autorisée par les PARTIES CONTRACTANTES : l'affaire relative aux restrictions à l'importation des produits laitiers entre les Pays-Bas et les États-Unis. En 1953, les Pays Bas furent effectivement autorisés à suspendre leurs obligations vis-à-vis des États-Unis (État récalcitrant) concernant l'importation de farine de blé. Voir le rapport du Groupe spécial, *Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique*, adopté le 8 novembre 1952, IBDD, S1/66, cité par C. Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 48, note de bas de page n°26. Voir également Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *op.cit.*, p. 786 ; Th. Flory, « L'évolution du système juridique du G.A.T.T. », *Clunet*, 1977, p. 794.

¹³⁰² OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement, commercial international*, rapport annuel du Directeur général, Genève, WT/TPR/OV/6, 22 novembre 2000. p. 15, §51.

¹³⁰² V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, n°3, p. 643 ; C. Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 40.

¹³⁰³ Y. Renouf, « Brève introduction aux contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 121.

partie défaillante qu'après avoir obtenu une autorisation de l'ORD¹³⁰⁴. Ce pouvoir fait de l'ORD, l'institution la plus puissante au monde¹³⁰⁵.

346. Ces deux moyens de contrainte sont censés servir d'incitations à la mise en conformité d'une mesure contraire aux Accords de l'OMC¹³⁰⁶ et non de punir le Membre qui maintient cette mesure incriminée¹³⁰⁷. Autrement dit, il ne s'agit pas de faire payer le Membre défaillant des dommages causés à la partie plaignante du fait de son manquement à une obligation au titre d'un accord de l'OMC, mais de faire en sorte de l'obliger à y mettre fin¹³⁰⁸. L'objectif prioritaire du système, comme le note le Professeur Éric Canal-Forgues, est « *de faire cesser l'illicite en revenant à l'exécution du traité, c'est-à-dire en mettant fin ou en modifiant, mais pour l'avenir seulement, la mesure à l'origine de la violation d'une obligation d'un Membre* »¹³⁰⁹. C'est ainsi, que la compensation, par exemple, à la différence du droit général de la responsabilité internationale, n'a pas pour objet d'obtenir la réparation d'un préjudice subi de manière rétroactive mais de permettre au Membre demandeur de rétablir un équilibre compromis et de se protéger contre un préjudice à venir tout en faisant pression sur le Membre défaillant, jusqu'à ce que ce dernier ait mis sa réglementation en

¹³⁰⁴ Voir les articles 2:1 et 3:7, 22:6 et 22:7 du Mémorandum d'accord.

¹³⁰⁵ En effet, même le Conseil de Sécurité de l'ONU est moins puissant en raison de l'existence du droit de veto dont jouissent ses cinq membres permanents. Voir R. M. Jennar, « Pourquoi s'opposer à la globalisation ? », *Reflets et Perspectives de la Vie Économique*, 2002, n°2, p. 55.

¹³⁰⁶ Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, p. 944 ; O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 446, § 12.

¹³⁰⁷ Dans une décision des arbitres rendue au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, il est en effet indiqué que « rien dans l'article 22:1 du Mémorandum d'accord, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère punitif » (Décision des arbitres dans l'affaire *Communautés Européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés. Recours des Communautés Européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, par. 40). Toutefois, la plupart des spécialistes du système de règlement des différends de l'OMC, n'hésitent pas à utiliser le terme de « sanction ». Voir, par exemple, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche pour qui « la notion de sanction n'est pas séparable de l'idée de contrainte » (M.-A. Frison-Roche, « Le système des sanctions », in *L'OMC et son tribunal, Les Notes Bleues de Bercy*, n 186, 1^{er}-15 juill. 2000, en ligne à l'adresse suivante : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm (consulté le 20 Juin 2013)). Voir également O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 443-445 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 746-747 ; D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, p. 944 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 445 ; V. Pace., « Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 621 ; C. Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 39 ; A. Hamann, « La sanction du manquement à l'obligation de mise en conformité », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, pp. 225-254 ; H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Coll. Droit/Economie international, Bruxelles, Larcier, 2014, 691 p. Nous avons aussi trouvé le terme « sanction » dans le *Module de formation sur le système de règlement des différends* accessible sur le site de l'OMC à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹³⁰⁸ En ce sens, voir Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 665.

¹³⁰⁹ É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 97.

conformité avec les règles de l'OMC¹³¹⁰. Il en est de même pour la suspension. Elle est, en effet, prospective et non rétroactive, en couvrant seulement la période qui suit l'octroi de l'autorisation par l'ORD¹³¹¹ sans toutefois recevoir une quelconque compensation pour le préjudice subi entre le début de l'infraction et l'autorisation de rétorsion accordée par l'ORD¹³¹².

347. La théorie qui sous-tend les compensations comme les rétorsions repose sur la présomption que ces mesures feront pression sur le Membre défaillant, jusqu'à ce que ce dernier ait mis sa réglementation en conformité avec les règles de l'OMC¹³¹³. C'est pourquoi ces mesures de contrainte ne seraient être que temporaires.

2. Des mesures temporaires à l'exécution

348. Qu'ils s'agissent des compensations ou des mesures de rétorsion, le Mémorandum d'accord prévoit expressément que leurs recours ne soit qu'à titre temporaire¹³¹⁴. Selon l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, les compensations ne sont prises qu'« à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé »¹³¹⁵. Il en est de même pour les mesures de rétorsion. En effet, l'article 22:8 du Mémorandum d'accord prévoit que « la suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord

¹³¹⁰ *Ibid.*, p. 104. Comme l'écrit le Professeur Yves Nouvel, « le Membre fautif est ainsi ramené à son obligation initiale sans être tenu de gommer les conséquences produites par sa conduite illicite. Il en revient à ce qui était dû, mais pas au moment où cela était dû originellement » (Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 665). Sur le sujet de la réparation à l'OMC, voir W. Hoeffner, « Nature, étendue et modalités de la réparation à l'OMC », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, pp. 212-224.

¹³¹¹ OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus—Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm#txt1 (consulté le 23 janvier 2017). Ce qui veut dire que le Membre défaillant peut maintenir la mesure incompatible avec les règles de l'OMC-pendant un délai relativement long- à savoir à compter de la date d'adoption de la mesure jusqu'à l'autorisation des rétorsions, sans en subir les conséquences. En ce sens, voir B. McGivern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel: Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 107.

¹³¹² En effet, le Mémorandum d'accord ne prévoit aucune mesure provisoire qui aurait pour objet de compenser ou de suspendre les effets néfastes de la mesure contestée. Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.723, §20. Certains auteurs critiques cet aspect particulier du système de règlement des différends de l'OMC, qui pourrait inciter les Membres contrevenants à « traîner les pieds », c'est-à-dire à remplacer une mesure non conforme par une autre. À ce sujet, voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, *op.cit.*, p. 308.

¹³¹³ Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 104 ; F. Gouttefarde, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'union européenne », *op.cit.*, p. 35.

¹³¹⁴ L'article 22:1 du Mémorandum d'accord.

¹³¹⁵ L'article 3:7 du Mémorandum d'accord.

visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue ».

En somme, il faut retenir que les compensations comme les mesures de rétorsion ne devraient être appliquées que de façon temporaire jusqu'à ce que l'une des deux situations suivantes se produise¹³¹⁶ :

i) le Membre concerné s'est intégralement conformé aux recommandations et décisions de l'ORD, en éliminant la mesure incompatible avec les règles de l'OMC ;

ii) ou les parties au différend (plaignant et défendeur) sont parvenues à obtenir un accord mutuellement satisfaisant.

349. Le professeur Hélène Ruiz Fabri explique que si les compensations ou les mesures de rétorsion sont conçues comme temporaires par les poseurs de l'architecture du Mémorandum d'accord, c'est pour « éviter que les Membres puissent « acheter » leurs violations des accords »¹³¹⁷. Au sens strict, ces deux moyens ne doivent pas constituer une sorte de « droits acquis » au maintien de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC¹³¹⁸. Les mesures de compensations et de rétorsion sont prises temporairement en attendant le rétablissement de l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres qui a été rompu par la mesure incriminée¹³¹⁹. Elles ne devraient en effet aucunement être considérées comme une alternative juridiquement acceptable à la mise en conformité au titre du Mémorandum d'accord¹³²⁰. L'objectif est d'inciter la partie en défaut à se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD¹³²¹. Il est d'ailleurs clairement indiqué dans l'article 22:1 du

¹³¹⁶ Voir B. McGivern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », *op.cit.*, pp. 115-116.

¹³¹⁷ H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *op.cit.*, p.30, § 199.

¹³¹⁸ Toutefois, la pratique montre que certains Membres ne respectent pas les règles du jeu et préfèrent payer le prix (à savoir les compensations ou les rétorsions) de la non-conformité que de retirer leurs mesures incompatibles avec le droit de l'OMC. L'affaire *Hormones* constitue à cet égard un exemple frappant. L'Europe a concrètement accepté de payer le prix de son illégalité au regard des règles de l'OMC. Elle a en effet fait savoir qu'elle continuerait à maintenir l'embargo sur les viandes et les produits carnés, quitte à offrir des compensations, voire à faire l'objet de mesures de rétorsion autorisées. Sur le sujet, voir O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.456, § 27 ; V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 641.

¹³¹⁹ Comme l'écrit le Professeur Laurence Boy, « le but de l'OMC est de favoriser les échanges, non de les tarir par des sanctions. Les représailles doivent rester exceptionnelles et temporaires et disparaître dès lors que la mesure jugée incompatible avec l'un des accords est éliminée » (L. Boy, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *op.cit.*, p. 490).

¹³²⁰ En ce sens, Y. Renouf, « Brève introduction aux contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 120.

¹³²¹ Sur cette incitation, voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, *op.cit.*, pp. 305-306.

Mémorandum d'accord que « *ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés* ». Cette philosophie est ancrée dans les organisations internationales économiques. Comme l'écrit le Professeur Georges Malinverni, « *l'objectif premier des procédures de règlement des différends n'est pas de dire qui a tort et qui a raison, ou d'établir la responsabilité d'un État, mais de faire en sorte que des violations, même importantes, ne soient que temporaires et puissent cesser le plus rapidement possible* »¹³²².

350. Toutefois, si le Mémorandum d'accord prévoit ces deux moyens pour remédier au défaut de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD, leurs recours n'est cependant pas sans encadrement.

B. Les conditions du recours aux compensations et mesures de rétorsion dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

351. La procédure de recours aux compensations et notamment à celle des rétorsions est soigneusement encadrée¹³²³. Elle s'inscrit dans le contexte de la mise en place d'un mécanisme de contrôle renforcé des décisions et recommandations de l'ORD¹³²⁴. Il convient de s'interroger sur ces conditions du recours respectivement pour les compensations (1) et les mesures de rétorsion (2).

1. Les conditions de recours aux compensations

352. L'article 22:2 du Mémorandum d'accord dispose à cet égard qu'en cas d'inexécution ou de retard d'exécution, la partie défaillante doit, si la demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, entrer en négociation avec toute partie plaignante, « *en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable* ». En principe,

¹³²² G. Malinverni, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, op. cit., p. 106. En d'autres termes, ce n'est donc pas tant la justice avec un « J » majuscule comme dans le droit pénal international qui est recherchée à travers le système de règlement des différends de l'OMC que le rétablissement de l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres qui a été rompu par la mesure incriminée. Voir Y. Renouf, « Commentaire », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, coll. Contentieux Internationaux, Paris, Pedone, 2010, p. 216.

¹³²³ L'article 22 du Mémorandum d'accord intitulé « compensation et suspension de compensation », précise dans ses paragraphes 1 à 9 les modalités de mise en œuvre des compensations et des mesures de rétorsion.

¹³²⁴ Voir C. Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », op. cit., p. 40 ; V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », op. cit., p. 643.

selon l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, « *l'octroi d'une compensation* » n'est appliqué que si le retrait immédiat d'une mesure incompatible avec un accord est irréalisable.

353. Concernant la nature ou l'objet de la compensation, rien n'est indiqué dans le Mémorandum d'accord¹³²⁵. Ce dernier précise simplement que toute compensation doit être « *compatible avec les accords visés* »¹³²⁶. Toutefois, la conformité avec les accords visés implique entre autres la compatibilité avec les obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée. En conséquence, si une compensation est offerte, par exemple sous la forme d'une réduction tarifaire, les Membres de l'OMC, autres que le plaignant, en tireront également profit¹³²⁷.

354. Dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC, il n'est recouru à la mesure de compensation qu'une seule fois, sous forme de compensation pécuniaire dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160). En effet, dans un arrangement bilatéral entre les Communautés européennes et les États-Unis (partie défaillante), il a été conclu que ces derniers ont accepté de verser une compensation pécuniaire, une somme de 3,3 millions de dollars EU, sur un fonds qui serait créé pour la promotion des droits des auteurs et l'octroi d'une assistance générale aux membres des sociétés de gestion des droits d'exécution des Communautés européennes¹³²⁸.

355. Par ailleurs, il est important d'observer que si le Mémorandum d'accord impose la compatibilité de compensation avec le droit de l'OMC¹³²⁹, il n'aménage toutefois « *aucune procédure de vérification de cette compatibilité* »¹³³⁰. Pis encore, il ne prévoit

¹³²⁵ Dans la pratique, la compensation pourrait prendre diverses formes, telles que l'octroi d'un accès amélioré au marché du Membre défendeur (soit dans le même secteur, soit dans un secteur différent), ou une compensation pécuniaire. Voir *supra*, §344.

¹³²⁶ L'article 22:1 du Mémorandum d'accord. Ce qui signifie entre autres que la compensation ne fait pas l'objet d'une autorisation comme c'est le cas pour les mesures de rétorsion.

¹³²⁷ Cela rendrait certainement la compensation moins attractive à la fois pour le défendeur, qui voit le prix à payer augmenter, et pour le plaignant, qui n'obtient pas un avantage exclusif. Toutefois, ces obstacles pourraient dans une certaine mesure être surmontés si les parties choisissaient un avantage commercial (par exemple une réduction tarifaire) dans un secteur ou pour un produit présentant à l'exportation un intérêt particulier pour le plaignant et peu d'intérêt pour les autres Membres. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus —Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s9p1_f.htm (consulté le 27 janvier 2017).

¹³²⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 24 juin 2003*, WT/DSB/M/151, 12 août 2003, p. 2.

¹³²⁹ L'article 22:1 du Mémorandum d'accord.

¹³³⁰ H. Ruiz fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 170. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), l'Australie (tierce partie) ne manqua pas, à chaque réunion de l'ORD, de s'interroger sur la légalité de la compensation pécuniaire sur laquelle les Communautés européennes et les États-Unis ont conclu un arrangement bilatéral. Elle soutenait que cette compensation n'était pas compatible avec le principe de la nation la plus favorisée car elle n'avait pas obtenu une telle compensation alors que des artistes australiens continuaient de subir des pertes, du fait de la législation américaine non conforme aux règles de l'OMC. Toutefois, en l'absence de procédure permettant de contester la légalité de cette compensation,

aucune règle permettant de déterminer le niveau de la compensation en cas de désaccord entre les parties de litige¹³³¹. Il n'est pas spécifié non plus que la compensation à offrir devrait être équivalente au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages¹³³². L'article 22:2 du Mémorandum d'accord consacré à la compensation fait simplement référence à une compensation qui est « mutuellement acceptable »¹³³³.

356. D'ailleurs, devant ce vide juridique, certaines parties au différend se sont tournées vers des dispositions du Mémorandum d'accord qui n'ont rien à voir avec la compensation afin de déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages¹³³⁴. On pense bien entendu à la fameuse affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)¹³³⁵. En effet, pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subis par les Communautés européennes en raison de l'application de l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur (article jugée incompatible avec l'Accord sur les ADPIC), les parties au différend à savoir, les États-Unis et les Communautés européennes ont mutuellement convenu de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord¹³³⁶. Cette trajectoire a été considérée par certains

l'Australie ne peut que faire ses observations lors des réunions de l'ORD à ce sujet. Voir les Comptes rendus suivants des réunions de l'ORD tenues au Centre William Rappard : réunion tenue le 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, p. 8, §32 ; réunion tenue le 1^{er} février 2002, WT/DSB/M/119, p. 4, § 13 ; réunion tenue le 8 mars 2002, WT/DSB/M/121, p. 2, § 5 ; réunion tenue le 17 avril 2002, WT/DSB/M/123, p. 2, §5 ; réunion tenue le 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, p. 5, § 5 ; réunion tenue le 24 juin 2003, WT/DSB/M/151, pp. 2-3. Voir également B. Mcgovern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel: Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 112.

¹³³¹ C. Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 41.

¹³³² Décision des arbitres, *États-Unis — Article 110 5) de Loi sur le droit d'auteur. Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, p. 29, note de bas de page n°84.

¹³³³ *Ibid.* Pour certains, cette absence d'indication s'explique par le fait que l'octroi d'une compensation repose essentiellement sur l'accord des parties. Voir A. Fréneau, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'OMC : étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, *op.cit.*, p. 199.

¹³³⁴ En pratique, il est difficile dans l'état actuel du droit d'évaluer de manière satisfaisante le niveau d'annulation ou de réduction des avantages, fondement de la compensation, sans avoir demandé la suspension de concessions et lancé un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord qui est consacré à la base aux rétorsions. Voir É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 104. D'ailleurs, dans le cadre d'examen du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes ont proposé la possibilité de permettre à la partie plaignante d'obtenir d'un arbitre de l'OMC une décision indépendante concernant le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages avant que la demande de suspension de concessions ne soit présentée. Voir *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 5.

¹³³⁵ Décision précitée des arbitres, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur. Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, par. 1.1.

¹³³⁶ *Ibid.*

comme « *inattendue ou relativement imprévue* »¹³³⁷. En effet, la procédure d'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord n'est, en principe, qu'un « *autre moyen de règlement des différends* »¹³³⁸ et n'est pas destinée à « *déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages* »¹³³⁹.

Pour autant, les arbitres¹³⁴⁰ chargés de cette affaire n'ont pas déclaré leur incompétence pour déterminer le niveau des avantages annulés ou compromis du fait du maintien en application de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis¹³⁴¹. Ils ont même tenu à indiquer, au cas où il y aurait des questions quant à leur compétence, les raisons pour lesquelles ils avaient la compétence nécessaire pour connaître le différend qui leur était soumis¹³⁴². Les arbitres ont relevé d'une part que « *l'article 25 lui-même ne précise pas qu'il serait exclu de recourir à l'arbitrage au titre de ses dispositions lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par un Membre* »¹³⁴³. D'autre part, ils ont noté que le libellé de l'article 22:2 du Mémoire d'accord n'interdit pas « *de considérer l'arbitrage comme un moyen d'arriver à une compensation mutuellement acceptable* »¹³⁴⁴. Les arbitres ont même considéré que le recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 dans la situation présente, peut même « *faciliter la résolution d'une divergence de vues dans le contexte de la négociation de compensations, ouvrant ainsi la voie à la mise en œuvre sans qu'il y ait suspension de concessions ou d'autres obligations* »¹³⁴⁵. Selon eux, « *la possibilité pour les parties à un différend de faire appel à l'arbitrage en relation avec la*

¹³³⁷ H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *op.cit.*, p. 873.

¹³³⁸ L'article 25:1 du Mémoire. En d'autres termes, c'est une voie alternative au processus juridictionnel faisant intervenir un Groupe spécial et l'Organe d'appel.

¹³³⁹ L'usage de l'arbitrage de l'article 25 est ainsi décalé par rapport à l'objet que pouvait envisager cette procédure. Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC: une forme d'arbitrage », *op.cit.*, p. 109; le même auteur « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *op.cit.*, pp. 873-874.

¹³⁴⁰ Les parties ont demandé au Président de l'ORD de se mettre en relation avec les membres du Groupe spécial initial ayant examiné le différend afin de déterminer s'ils pourraient participer à cette procédure en qualité d'arbitres (document WT/DS160/15). La Présidente du Groupe spécial initial, Mme Carmen Luz Guarda et un autre membre, M. A. V. Ganesan, n'étaient plus disponibles. En conséquence, conformément à la procédure convenue pour le choix des arbitres énoncée dans le document WT/DS160/15, le Directeur général a désigné deux arbitres pour les remplacer. Décision précitée des arbitres, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur. Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, par. 1.3.

¹³⁴¹ *Ibid.*, par. 2.7.

¹³⁴² *Idem.*, par. 2.1. Dans cette affaire, les arbitres ont logiquement décidé d'envisager la question de leur compétence pour connaître de la question posée. Ils ont considéré pouvoir le faire sur le fondement de la règle largement admise « *voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence* » (*ibid.*).

¹³⁴³ Décision précitée des arbitres, WT/DS160/ARB25/1, par. 2.4.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, par. 2.4.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, par. 2.5.

négociation de compensations a pour effet d'accroître l'efficacité de cette option prévue à l'article 22:2 »¹³⁴⁶. Toutefois, au terme d'opérations complexes, le montant déterminé pour l'octroi de la compensation a été de 1 219 900 euros par an¹³⁴⁷. Un résultat qui fut une déception pour les Communautés européennes¹³⁴⁸. De même pour le Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC) qui a déclaré que « *ce niveau très bas de la compensation exigée ne sera pas de nature à convaincre les autorités américaines d'amender leur loi* »¹³⁴⁹. Cela étant, ce montant fixé par les arbitres n'a, toutefois, pas été suivi par les États-Unis et les Communautés européennes. Ces derniers se sont, en effet, mis d'accord sur une compensation pécuniaire de 3,3 millions de dollars EU à un fond de promotion des auteurs européens¹³⁵⁰.

357. Quoiqu'il en soit, la compensation à l'OMC, quelle qu'en soit la forme, est largement préférable aux mesures de rétorsion car elle favorise les échanges au lieu de les restreindre¹³⁵¹.

2. Les conditions de recours aux mesures de rétorsion

358. Selon l'article 3:7 du Mémoire d'accord, le recours à la rétorsion n'est envisagé par le Membre plaignant¹³⁵² qu'en dernier recours dans le processus de règlement

¹³⁴⁶ *Idem.*, par. 2.6. Sur cet arbitrage, voir L. Boisson De Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *op.cit.* pp. 980-982 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *op.cit.*, pp. 873-874.

¹³⁴⁷ Décision précitée des arbitres, WT/DS160/ARB25/1, par. 5.1.

¹³⁴⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 21 novembre 2001*, WT/DSB/M/113, 17 décembre 2001, p.11, §§ 31-31.

¹³⁴⁹ « UE/ÉTATS-UNIS - Le GESAC déçus par le règlement du différend sur les droits d'auteur », 17 novembre 2001, *Europolitique*, 2001.

¹³⁵⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 24 juin 2003*, WT/DSB/M/151, 12 août 2003, p. 2. Voir *supra*, §354.

¹³⁵¹ OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement, commercial international*, *op.cit.*, p. 15, § 51 ; B. Mcgovern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel: Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 112.

¹³⁵² En effet, seul le Membre plaignant qui a le droit de recourir à ce type de mesures à l'exclusion donc des tierces parties. Dans l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III (États-Unis)*, les arbitres, ont clairement fait comprendre que « *les intérêts qu'un Membre peut avoir dans le commerce des marchandises ou des services, ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre des Accords de l'OMC, sont suffisants pour établir que ce Membre est fondé en droit à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord* » (Décision des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Recours des Communautés européennes à*

des différends de l'OMC¹³⁵³. En effet, si les négociations relatives à la compensation n'aboutissent pas¹³⁵⁴, ou si le Membre plaignant choisit de ne pas demander de compensation¹³⁵⁵, ce Membre peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations (c'est-à-dire, les mesures de rétorsion) à l'encontre de la partie défaillante qui ne met pas en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD¹³⁵⁶. Toutefois, pour qu'elles soient autorisées par celui-ci, certains principes et procédures régissant la suspension doivent être respectés¹³⁵⁷. Ceux-ci sont énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. Selon cet article, lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre, la partie plaignante doit :

i) En principe d'abord chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le même secteur que celui dans lequel a été constatée une violation ou une autre annulation ou réduction d'avantages¹³⁵⁸. Cela signifie que la réponse à une violation, par exemple, dans le secteur des brevets devrait aussi viser les brevets¹³⁵⁹.

l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999, par. 6.10). En d'autres termes, les tierces parties ont la possibilité d'être entendues par le Groupe spécial et à présenter des observations écrites. Mais, pour avoir la possibilité de sanctionner, cette tierce partie devra invoquer le processus du Mémorandum d'accord en tant que partie plaignante. Tel a été le cas, par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS79). En effet, pour s'assurer les mêmes droits que toute autre partie aux procédures de règlement des différends notamment au stade de la mise en œuvre, les Communautés européennes ont dû porter plainte contre l'Inde au sujet des mêmes mesures qui faisaient déjà l'objet d'un différend porté par les États-Unis et dans lequel elles étaient une tierce partie. Voir les déclarations des Communautés européennes dans le document : ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 octobre 1997*, WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997, p. 8. Voir également le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Brevets pour les produits pharmaceutiques et produits chimiques agricoles, plainte des Communautés européennes*, WT/DS79/R, page 16.

¹³⁵³ Ce recours est considéré d'ailleurs comme le signe que les autres méthodes de règlement des différends ont échoué. Voir OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement, commercial international*, *op.cit.*, p. 15, § 51.

¹³⁵⁴ En effet, les parties disposent d'un délai de 20 jours suivant l'expiration du délai raisonnable pour parvenir à un accord (article 22:2 du Mémorandum d'accord).

¹³⁵⁵ À cet égard, il importe de noter que le libellé de l'article 22:2 n'exige nullement de la partie plaignante l'obligation de demander une compensation pour pouvoir demander ensuite l'autorisation à l'ORD de prendre des mesures de rétorsion à l'encontre de la partie défaillante. La partie plaignante, si elle le souhaite, peut demander directement cette autorisation. Voir B. McGivern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 111.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁵⁷ En effet, il ne faut pas oublier comme le souligne Olivier Blin que la rétorsion « n'est pas autre chose que le resurgissement de l'unilatéralisme qu'il s'agit de canaliser par des exigences substantielles et procédurales » (O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.445, § 8). En effet, à l'OMC, les rétorsions revêtent un double aspect, à la fois unilatéral et multilatéral : elles constituent des actions unilatérales dans la façon dont elles sont imposées car seul le Membre plaignant peut en prendre en cas de non-mise en conformité de la part du Membre contrevenant. Elles revêtent un caractère multilatéral dans la façon dont elles sont accordées car elles ne peuvent être imposées qu'après l'autorisation de l'ORD, un organe multilatéral représentant l'ensemble des Membres de l'OMC. À ce sujet, Y. Renouf, « Brève introduction au contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 120.

¹³⁵⁸ L'article 22:3. a) du Mémorandum d'accord.

¹³⁵⁹ Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Etape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne :

ii) Si cela n'est pas possible ou efficace, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord¹³⁶⁰. L'Article 22:3 f) du Mémorandum d'accord indique en quoi le terme « secteur » désigne. S'agissant de l'Accord sur les ADPIC, le terme « secteurs » vise chacune des catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la section 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 de la Partie II, ou les obligations résultant de la Partie III ou de la Partie IV de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, une violation concernant le secteur des brevets pourrait être neutralisée par des contre-mesures visant le secteur des marques de fabriques¹³⁶¹.

iii) Si cela n'est pas non plus possible ou efficace, et si les circonstances sont suffisamment graves, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord visé¹³⁶². L'article 22:3 g) du Mémorandum d'accord précise à quoi le terme « accord » indique. Les accords désignés sont : les Accords multilatéraux sur le commerce de marchandises figurant à l'annexe 1 A¹³⁶³, les Accords commerciaux plurilatéraux dans la mesure où les parties au différend concernées sont parties à ces accords, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC). Cette forme de rétorsion est l'une des réformes importantes introduites par le Mémorandum d'accord¹³⁶⁴. On l'appelle généralement la « rétorsion croisée (*cross retaliation*) » ou « contre-mesure croisée ». Par exemple, une violation concernant le domaine des ADPIC pourrait être neutralisée par des contre-mesures dans le cadre de l'Accord sur le textile ou l'agriculture. Et inversement, une violation concernant le domaine du textile ou l'agriculture pourrait être neutralisée par des contre-mesures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Cette possibilité pourrait être, dans le

http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm#txt2 (consulté le 28 janvier 2017).

¹³⁶⁰ L'article 22:3. b) du Mémorandum d'accord. Pour plus de détails sur la signification des termes « possible » et « efficace », voir H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, pp. 142-147.

¹³⁶¹ Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus – Etape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm#txt2 (consulté le 28 janvier 2017).

¹³⁶² L'article 22:3 c) du Mémorandum d'accord. Pour plus de détails sur la signification des termes « circonstances suffisamment graves », voir H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, pp. 147-149.

¹³⁶³ Qui comprennent les Accords : GATT de 1994, Agriculture, les Mesures sanitaires et phytosanitaires, Obstacles techniques au commerce, Mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), Mesures antidumping, Évaluation en douane, Inspection avant expédition, Licences d'importation, Subventions et mesures compensatoires, Sauvegardes. Le texte juridique de ces accords est disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#goods (consulté le 16 janvier 2016).

¹³⁶⁴ Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, *op.cit.*, p. 25. Ce système est rendu possible grâce à l'élargissement des domaines couverts par l'OMC ; Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 643.

cadre de l'Accord sur les ADPIC, une arme redoutable des pays en développement à l'encontre des pays développés¹³⁶⁵. Certains pays en développement n'ont, d'ailleurs, pas hésité à s'en servir. Il en est ainsi de l'Équateur dans l'affaire *Communautés européennes — Banane III* (WT/DS27)¹³⁶⁶, du Brésil dans l'affaire *États-Unis — Subvention concernant le coton upland* (WT/DS267)¹³⁶⁷ et Antigua-et-Barbuda dans l'affaire *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (WT/285)¹³⁶⁸. Toutefois, demander l'application des rétorsions croisées est une chose, le réel pouvoir de les appliquer, quand elles sont accordées, en est une autre¹³⁶⁹. D'ailleurs, ni l'Équateur¹³⁷⁰ ni Antigua-et-Barbuda n'ont suspendu leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC¹³⁷¹. Le seul pays

¹³⁶⁵ A. Subramanian & J. Watal, "Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?", *Journal of International Economic Law*, 2000, vol.3, n°3, p. 405. Voir également C. Saez, « Suspension des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC: une alternative croissante en matière de sanction », *Intellectual Property Watch*, 16 May 2008, en ligne : <http://www.ip-watch.org/2008/05/16/suspension-des-obligations-au-titre-de-laccord-sur-les-adpic-une-alternative-croissante-en-matiere-de-sanction> (consulté le 16 janvier 2016). Il est clair comme l'écrit Yves Renouf qu'« un petit qui suspend des concessions sur les exportations de produits originaires d'un grand pays ne l'affectera sans doute pas au point de rendre le maintien de la violation insupportable. En revanche, s'il prend des mesures dans les domaines des services ou de la propriété intellectuelle, l'effet peut être tout autre » (Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *op.cit.*, p. 787).

¹³⁶⁶ Décision précitée des arbitres, *Communautés européenne — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes. Recours des Communautés à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU. Sur cette affaire, voir F.M. Abbott, *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n°8, April 2009, pp. 5-7. En ligne : http://www.iprsonline.org/New%202009/foray_april2009.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

¹³⁶⁷ Décision de l'arbitre, *États-Unis — Subventions concernant le coton Upland. Recours des États-Unis l'arbitrage de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009. Sur cette affaire, voir F. M. Abbott, *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, *op.cit.*, p. 9.

¹³⁶⁸ Décision de l'arbitre, *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontalières des services de jeux et paris. Recours des États-Unis l'arbitrage de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007. Sur cette affaire, voir F. M. Abbott, *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, *op.cit.*, pp. 7-8.

¹³⁶⁹ En effet, il ne suffit pas d'obtenir l'autorisation de l'ORD pour appliquer les contre mesure encore faut-il se trouver en position de force. Voir A. Bauer et L. Tovi, « OMC: un système d'arbitrage perfectible », *Les Echos*, n°19560, 13 décembre 2005, p. 9, disponible en ligne : http://www.lesechos.fr/13/12/2005/LesEchos/19560-045-ECH_omc---un-systeme-d-arbitrage-perfectible.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹³⁷⁰ Dans cette affaire, si l'Équateur n'a pas appliqué les contre-mesures, c'est tout simplement, pour reprendre la métaphore de M. Pierre Monnier pour qui la phase de mise en œuvre s'apparente à une véritable partie d'échec, parce qu'elle n'« avait pas suffisamment de matériel pour mater » (P. Monnier, « Le système de compensations et de rétorsions de l'Organisation Mondiale du Commerce: les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou lancent-ils leurs billes comme des nuls ? », *op.cit.*, pp. 48 et 56). Olivier Blin soutient en l'occurrence que « le mécanisme des sanctions n'a pas été conçu pour être utilisé par des pays en développement. (...) alors que l'hypothèse d'un PVD victime de rétorsions est grossièrement envisagée dans plusieurs dispositions du Mémoire d'accord » (O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 453-454, §24).

¹³⁷¹ G. L. Slater, "The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization", *The Georgetown Law Journal*, 2009, vol. 97, p.1368 ; J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, p. 416.

qui semblait être prêt à les appliquer de manière effective était le Brésil, mais celui-ci a conclu par la suite avec le défendeur (à savoir les États-Unis) un mémorandum d'accord dans lequel ils ont convenu de mettre fin à leur différend¹³⁷². Cette faiblesse est d'ailleurs régulièrement mise en avant dans le cadre des débats sur l'amélioration du système¹³⁷³.

359. Dans l'application des principes susmentionnés, la partie plaignante devra tenir compte aussi de l'importance du commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord au titre duquel la violation a été constatée par le Groupe spécial ou l'Organe d'appel ainsi que les conséquences économiques plus générales de la suspension envisagée¹³⁷⁴.

360. La demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations doit être présentée à l'ORD¹³⁷⁵. Aucun Membre ne peut, en effet, mettre en œuvre une suspension sans l'autorisation préalable de l'ORD. Contester ce monopole deviendrait alors une violation de l'article 23 du Mémorandum d'accord susceptible d'ouvrir la procédure de règlement des différends¹³⁷⁶. Mais si la demande est faite, l'ORD accordera son autorisation dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande (consensus négatif)¹³⁷⁷, ou que l'accord visé interdit une telle suspension¹³⁷⁸. Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction

¹³⁷² Voir le lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds267_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹³⁷³ Pour la contourner, il a pu être proposé d'instaurer un système de sanctions collectives permettant de pallier l'incapacité d'un partenaire faible à mettre en œuvre les sanctions à l'encontre d'un partenaire beaucoup plus puissant ou encore de prévoir que le « droit à sanctions » soit cessible entre Membres de l'OMC. Voir O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, § 24. Sur l'instauration d'un système collectif, voir V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 644 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 747 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *op.cit.*, p. 790.

¹³⁷⁴ L'article 22:3d) du Mémorandum d'accord.

¹³⁷⁵ La demande présentée à l'ORD doit être motivée. Le Membre plaignant qui envisage de demander l'autorisation de prendre des rétorsions dans un autre secteur ou au titre d'un autre accord a l'obligation d'indiquer les raisons de sa demande. Autrement dit, indiquer pourquoi, des rétorsions dans le même secteur ou dans le même accord ne sont ni possibles, ni efficaces. Notons qu'en même temps que la demande sera transmise à l'ORD, elle sera aussi communiquée aux Conseils compétents et aussi aux organes sectoriels compétents dans le cas d'une demande de rétorsions dans un autre secteur. Voir l'article 22:3 e) du Mémorandum d'accord.

¹³⁷⁶ Voir J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », *op.cit.*, p. 577.

¹³⁷⁷ L'article 22:6 du Mémorandum d'accord. De ce fait, l'autorisation d'adopter des mesures de rétorsion devient pratiquement automatique. En ce sens, H. Ruiz fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op.cit.*, p. 170.

¹³⁷⁸ L'article 22:5 du Mémorandum d'accord. En effet, comme l'indique Gabriel L. Slater, il y a quatre Accords de l'OMC qui ne peuvent pas être suspendus : (1) l'Accord établissant l'OMC ; (2) l'Accord sur l'exécution de l'article VI de GATT 1994 (Accord d'antidumping) ; (3) l'Accord sur l'exécution de l'article VII de GATT 1994 (valeur de douane) ; et (4) le Mémorandum d'accord. Voir G. L. Slater, "The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization", *op.cit.*, p.1372, note n°31.

des avantages¹³⁷⁹. Cela signifie que la mesure de rétorsion du plaignant ne doit pas dépasser le niveau du préjudice causé par la partie défenderesse.

361. Dans le cas où la partie subissant les mesures de rétorsion conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord n'ont pas été respectés par la partie plaignante qui demande la suspension, cette partie peut solliciter un arbitrage¹³⁸⁰. Cet arbitrage sera assuré par le Groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre¹³⁸¹ nommé par le Directeur général de l'OMC¹³⁸², et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration¹³⁸³.

362. La mission de l'arbitre¹³⁸⁴ est clairement définie dans l'article 22:7 du Mémorandum d'accord. Ainsi, si la question soumise à l'arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 n'ont pas été suivis, la mission de l'arbitre sera d'examiner cette affirmation¹³⁸⁵. Et, si la contestation du Membre concerné vise le niveau de la suspension envisagé par la partie plaignante¹³⁸⁶, l'arbitre « *n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages* » subie par la partie plaignante conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord¹³⁸⁷. En outre, dans le cas où l'arbitre estimera que les mesures de rétorsion demandées ne sont pas équivalentes, il devra déterminer le niveau qui serait équivalent même si l'article 22:7 ne dit rien à ce sujet¹³⁸⁸. Toutefois, comme nous le verrons

¹³⁷⁹ L'article 22:4 du Mémorandum d'Accord.

¹³⁸⁰ L'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

¹³⁸¹ Selon la note de bas de page 15 relative à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, le terme « arbitre » s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe.

¹³⁸² L'article 22:6 du Mémorandum d'accord. Les parties n'ont donc pas le choix des arbitres. Elles n'ont pas non plus vraiment celui de la procédure, qui obéit à un calendrier fixé par les arbitres. Voir H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op.cit.*, p. 106.

¹³⁸³ L'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

¹³⁸⁴ Selon la note de bas de page 16 relative à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, le terme « arbitre » s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe, soit des membres du Groupe spécial initial siégeant en qualité d'arbitre.

¹³⁸⁵ L'article 22:7 du Mémorandum d'accord. Et, dans le cas où il déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante devra les appliquer conformément à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord (*ibid.*).

¹³⁸⁶ Généralement au motif que les mesures de rétorsion demandées sont excessives. Voir B. Mcgovern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel: Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 114.

¹³⁸⁷ L'arbitre pourra aussi « *déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé* » (article 22:7 du Mémorandum d'accord).

¹³⁸⁸ En fait, ce sont les arbitres eux-mêmes qui ont estimé qu'ils devaient établir une estimation du niveau d'équivalence, afin d'être en mesure de prendre une décision définitive. Selon les arbitres, « *cette approche est implicitement prévue à l'article 22:7 [...]* » Décision des arbitres, *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Plainte initiale des États-Unis. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des*

dans nos prochains développements, ce niveau d'équivalence est difficile à déterminer dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC¹³⁸⁹.

363. Aucune concession ou autre obligation ne sera suspendue pendant l'arbitrage¹³⁹⁰. La décision de l'arbitre est définitive¹³⁹¹, contraignante et non susceptible d'appel¹³⁹². Les décisions des arbitres ne font pas l'objet d'une procédure d'adoption par l'ORD comme c'est le cas pour les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel¹³⁹³. L'ORD sera toutefois informé dans les moindres délais de cette décision et accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande (consensus négatif)¹³⁹⁴.

364. Dans le cadre des différends relevant de l'Accord sur les ADPIC, l'ORD n'a reçu qu'une seule demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'encontre d'un Membre en défaut de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD : l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160). Faisant valoir que les États-Unis n'avaient pas mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD concernant leur Loi sur le droit d'auteur dans le délai raisonnable imparti, les Communautés européennes ont demandé l'autorisation de suspendre leurs obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 22:2 du *Mémorandum d'accord*¹³⁹⁵. Les États-Unis ont, toutefois, contesté le niveau de la suspension d'obligations proposé par les Communautés européennes et ont demandé de soumettre la

différends, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, par. 12 ; Voir également décision des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/EU, 20 mars 2000, par.13 ; décision des arbitres, *États-Unis— Loi antidumping de 1916 (plainte initiale des Communautés européennes). Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS136/ARB, 24 février 2004, par. 4.6.

¹³⁸⁹ Sur ce point, voir *infra* §372 et s.

¹³⁹⁰ L'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*.

¹³⁹¹ L'article 22:7 du *Mémorandum d'accord* dispose que « les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage ».

¹³⁹² B. Mcgovern, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », *op.cit.*, p. 114 ; S. Salama, « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 543.

¹³⁹³ L. Boisson De Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *op.cit.*, p. 960. Ceci comme le note le professeur Laurence Boisson De Chazournes « n'ôte en rien (...) leur caractère obligatoire, contraignant et leur effet de la « chose jugée » » (*ibid*).

¹³⁹⁴ L'article 22:7 du *Mémorandum d'accord*.

¹³⁹⁵ OMC, *États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur, Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/19, 11 janvier 2002, p. 1.

question à arbitrage, conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord¹³⁹⁶. Mais finalement, la procédure d'arbitrage a été suspendue à la demande conjointe des parties¹³⁹⁷. Ces dernières sont effet parvenues, comme évoqué précédemment, à un arrangement sur une compensation pécuniaire¹³⁹⁸. Cependant, rien n'a changé depuis, l'article 110 5) incriminé de la Loi américaine sur les droits d'auteur est toujours en vigueur¹³⁹⁹.

Par ailleurs, il existe aussi une autre affaire dans laquelle les États-Unis n'ont pas mis en conformité leur mesure incriminée avec les recommandations de l'ORD à l'expiration du délai raisonnable. Il s'agit de l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/ DS176). Cependant, dans cette affaire, un accord a été convenu entre les États-Unis et les Communautés européennes selon lequel ces dernières convenaient de ne pas demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'article 22:2 du Mémorandum d'accord¹⁴⁰⁰. Depuis, rien n'a changé, l'article 211 incriminé de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, est toujours en vigueur¹⁴⁰¹.

365. La question qui se pose aujourd'hui est de savoir pourquoi les Communautés européennes n'ont pas réactivé la procédure de rétorsion à l'encontre des États-Unis alors qu'elles en ont entièrement le droit. Des raisons politiques pourraient peut-être expliquer ce silence, mais ne pourrait-il pas être expliqué par des raisons tenant simplement aux problèmes particuliers que pose l'application éventuelle de mesures de rétorsion dans le domaine des ADPIC. Quoi qu'il en soit, on ne peut faire abstraction de certains problèmes que pose l'application des mesures de rétorsion dans le domaine des ADPIC.

C. Les problèmes particuliers des mesures de rétorsion dans le domaine des ADPIC

366. Concrètement, il s'agit de mettre en exergue les problèmes spécifiques soulevés par l'application du système de rétorsion dans le domaine des ADPIC. En effet, la

¹³⁹⁶ OMC, *Demande d'arbitrage présentée par les États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/20, 18 janvier 2002.

¹³⁹⁷ OMC, *Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Communication de l'arbitre, États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/22, 1^{er} mars 2002.

¹³⁹⁸ Voir *supra*, §354.

¹³⁹⁹ Voir *infra*, §600 et s.

¹⁴⁰⁰ OMC, *Accord entre les Communautés européennes et les États-Unis, États-Unis — Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/16, 1^{er} juillet 2005.

¹⁴⁰¹ voir *infra*, §607 et s.

suspension d'obligation au titre de l'Accord sur les ADPIC soulèverait de nombreuses interrogations teintées d'inquiétudes du fait notamment de la nature privée des droits qu'il tend à protéger (1) et de la structure particulièrement complexe sur laquelle il est fondé du fait de l'incorporation dans son texte de plusieurs dispositions des conventions administrées par l'OMPI (2).

1. La suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et le caractère privé des droits de propriété intellectuelle

367. Au regard du caractère privé des droits de propriété intellectuelle, la suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC soulève des questions concernant notamment l'atteinte à des droits privés de la propriété intellectuelle (a) et à la difficile détermination du niveau des avantages annulés ou compromis à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC.

a. L'atteinte à des droits privés

368. L'Accord sur les ADPIC est différent des autres accords qui forment le droit de l'OMC car il établit des normes concrètes pour la protection des droits de la propriété intellectuelle, lesquels sont reconnus dans son préambule comme des droits privés. Les mesures de rétorsion prises dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC sont, par conséquent, différentes de celles prises dans le cadre du GATT de 1994 car les premières porteront sur les droits des personnes (les ressortissants)¹⁴⁰² tandis que les deuxièmes sur des marchandises¹⁴⁰³. Ainsi, si l'ORD autorise la suspension de certaines obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, le Membre lésé demandeur de la suspension n'est donc en principe temporairement plus lié, vis-à-vis du défendeur fautif, par ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁰⁴. Il en résulterait pour lui une sorte de passe-droit l'autorisant à ne pas assurer provisoirement la conformité de son droit interne à certaines obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC vis-à-vis du Membre fautif¹⁴⁰⁵. Cette autorisation lui permettrait donc d'utiliser ces droits de propriété intellectuelle sans le paiement d'une rémunération aux

¹⁴⁰² En effet, comme évoqué précédemment, le régime posé par l'Accord sur les ADPIC a pour bénéficiaire les ressortissants - personnes physiques ou morales - des Membres de l'OMC. Voir *supra*, §73 et s.

¹⁴⁰³ Voir A. Subramanian & J. Watal, "Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?", *op.cit.*, p. 408.

¹⁴⁰⁴ H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 151.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, Y. Nouvel, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 666.

détenteurs de droits du pays fautif et sans leur autorisation¹⁴⁰⁶. Par exemple, si l'autorisation de la suspension portait sur la section des brevets, n'importe qui, dans le pays autorisé pourrait utiliser ou fabriquer librement ces inventions sans payer de redevances au titulaire du brevet. De même, si la suspension a été portée sur la section des marques de fabrique ou de commerce ou sur la section des indications géographiques, les entreprises locales peuvent donc utiliser librement ces marques notamment les marques notoires, et indications géographiques sans payer de redevances. Pareillement, pour la section des droits d'auteur et droits connexes, un livre ou un phonogramme, peut donc être utilisé, produit, copié et vendu sans le consentement de son auteur.

369. En somme, ceci reviendrait à penser que les droits de propriété intellectuelle d'un Membre sanctionné, tomberaient dans le domaine public¹⁴⁰⁷. Certains auteurs sont sidérés face à cette issue, à laquelle pourrait conduire la suspension des droits de la propriété intellectuelle existants, qui ressemble à une véritable expropriation¹⁴⁰⁸. Pour certains commentateurs, l'extension de l'application des mesures de rétorsion dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC s'est faite sans aucune considération aux différences entre les différends relatifs à la propriété intellectuelle et les autres différends relatifs au commerce et aux échanges des marchandises, notamment du fait que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés. Comme le soulignent Rochelle Cooper Dreyfuss et Andreas F. Lowenfeld, *“the architects of the Understanding on Dispute Settlement were thinking more about curing the perceived shortcomings of the prior GATT dispute settlement mechanism--about how to handle disputes concerning measures enforced by states on imports or exports of goods--than they were about the TRIPS Agreement. They apparently gave little thought to*

¹⁴⁰⁶ En ce sens, voir la décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 160.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, par. 161. La mise en œuvre de la suspension par un pays en développement lésé à l'encontre notamment d'un pays développé récalcitrant pourrait ainsi être très bénéfique pour lui. Comme l'écrit Henning Grosse Ruse-Khan, *“the ability to suspend TRIPS obligations has the potential for facilitating technological development and domestic innovation through imitation”* (H. Grosse Ruse-Khan, “A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations”, *Journal of International Economic Law*, June 2008, vol. 11, pp. 362-363).

¹⁴⁰⁸ T. Cottier, “Intellectual Property in International Trade Law and Policy : The GATT Connection”, *Aussenwirtschaft*, 1992, 47/1, pp.103-105 cité par Arvind Subramanian & Jayashree Watal, “Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?”, *op.cit.*, p. 408 et OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, *op.cit.*, p. 309, note de bas de page n°239. Voir également G. L. Slater, “The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization”, *op.cit.*, p. 1369.

*such issues as the differences between rights in intellectual property and other forms of property, between tangible and intangible goods (...)*¹⁴⁰⁹.

370. Ainsi, qu'elle soit prise à titre de mesure de rétorsion classique ou croisée¹⁴¹⁰, la suspension d'obligation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC porterait assurément atteinte à des droits privés de propriété intellectuelle, de personnes physiques ou morales. Dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III (Équateur)*, les arbitres l'ont, d'ailleurs, reconnu en indiquant qu'ils étaient « (...) conscients de ce que la suspension de certaines obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC qui est demandée porte au bout du compte atteinte à des droits privés détenus par des personnes physiques ou morales »¹⁴¹¹. Brièvement, en l'espèce, la demande de suspension d'obligation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC présentée par l'Équateur à l'égard des Communautés européennes a porté sur l'article 14 de la section 1 de l'Accord sur les ADPIC, intitulée « Droit d'auteur et droits connexes », ainsi que la section 3, intitulée « Indications géographiques », et la section 4, intitulée « Dessins et modèles industriels »¹⁴¹². Il n'est nul doute comme l'ont d'ailleurs souligné les arbitres dans l'affaire susmentionnée que, par rapport aux suspensions dans le cadre du GATT ou de l'AGCS, « l'atteinte à des droits de propriété privés d'individus ou d'entreprises peut être perçue comme plus importante dans le cas de l'Accord sur les ADPIC, vu les possibilités quasiment illimitées de copier des phonogrammes ou d'utiliser d'autres droits de propriété intellectuelle »¹⁴¹³. De plus, les détenteurs privés des droits de propriété

¹⁴⁰⁹ R. C. Dreyfuss & A. F. Lowenfeld "Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together", *op.cit.*, pp. 277-278.

¹⁴¹⁰ Nous avons précédemment évoqué que la mesure de rétorsion peut prendre deux formes : rétorsion traditionnelle ou rétorsion croisée. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC on peut donc suspendre certaines obligations à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'accord (ce qu'on appelle rétorsion traditionnelle), mais aussi à la suite d'un manquement à des obligations au titre du GATT ou de l'AGCS (ce qu'on appelle rétorsion croisée). À ce jour, la suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC n'a été examinée par des arbitres que dans le cadre des rétorsions croisées.

¹⁴¹¹ Décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 157.

¹⁴¹² *Ibid.*, par. 143. De plus, si cette suspension s'applique dans le cadre européen, l'Équateur pourrait donc suspendre l'application du traitement prévu dans les dispositions en question de l'Accord sur les ADPIC, en ce qui concerne les ressortissants, des 13 (à cette époque, aujourd'hui ils sont au nombre de 28) États membres des Communautés européennes (*ibid.*, par. 144). Cette situation ne manquerait pas de provoquer une crise interne du moment que l'ensemble de la Communauté pourrait subir des représailles alors que les faits sont imputables à un seul État membre. En ce sens, voir V. Ruzek, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, *op.cit.*, p. 119.

¹⁴¹³ Décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 157. Dans l'affaire *États-Unis — Coton upland (article 22:6)*, les États-Unis ont laissé entendre que les incidences potentielles d'une suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC étaient également une considération à prendre en compte, compte tenu du "niveau d'incertitude" qui pourrait résulter d'une telle suspension dans les secteurs visés et des "conséquences potentiellement dévastatrices" de la suspension. L'arbitre a toutefois noté qu'« il n'y a pas, dans le Mémorandum d'accord, de hiérarchie générale en ce qui concerne la suspension dans divers secteurs ou au titre de divers Accords de l'OMC, qui fait que nous devrions supposer qu'une suspension d'obligations au titre de

intellectuelle n'ont aucun moyen pour contourner les dommages subis du fait des mesures de rétorsion¹⁴¹⁴. Alors que les producteurs de marchandises et les fournisseurs de services qui sont affectés par la suspension de concessions ou d'autres obligations dans le cadre du GATT ou de l'AGCS peuvent cesser d'exporter vers le Membre imposant cette suspension¹⁴¹⁵ et de chercher d'autres marchés auprès d'autres Membres¹⁴¹⁶.

371. C'est pourquoi, il n'est nul doute que les détenteurs des droits de propriété intellectuelle, victimes de mesures de suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC à titre de rétorsion croisée, se révolteront¹⁴¹⁷. En effet, ces détenteurs de droits de propriété intellectuelle n'ont rien à voir avec le différend initial (domaine du GATT ou de l'AGCS) et du reste ne sont même pas concernés par l'absence de mise en conformité de la part d'un pays¹⁴¹⁸. Pis encore, l'application injuste des mesures de rétorsion est d'autant plus gênante qu'en l'état actuel des choses dans l'ordre européen, les opérateurs économiques victimes ne disposent pas des moyens juridiques pour obtenir réparation du préjudice ainsi subi devant les juridictions internes¹⁴¹⁹. Les individus et les entreprises, détenteurs de DPI,

l'Accord sur les ADPIC serait intrinsèquement plus préjudiciable qu'une autre pour le Membre défendeur. La seule hiérarchie que l'on trouve dans le Mémoire d'accord à cet égard concerne le secteur et l'accord pour lesquels la violation a été constatée (ainsi, dans une affaire concernant une violation des ADPIC, une suspension dans le même secteur devrait être demandée en premier lieu au titre de l'Accord sur les ADPIC) ». Décision de l'arbitre, États-Unis — Subventions concernant le coton upland. Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009, § 5.224.

¹⁴¹⁴ Y. Sato, *L'encadrement juridique de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 305.

¹⁴¹⁵ Décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 157.

¹⁴¹⁶ Y. Sato, *L'encadrement juridique de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 305, note de bas de page n°817.

¹⁴¹⁷ Dans les affaires « Bananes » et « Hormones », lorsque les Américains ont décidé de surtaxer les fromages de Roquefort, le foie gras, les sacs à main ou encore le linge de maison, produits ayant peu de rapport, avec les bananes, d'une part, et la viande et les produits carnés, d'autre part, chacun se rappelle à l'époque de la colère mais également de l'incompréhension des producteurs victimes de ces sanctions. Sur ce sujet, voir O. Blin., « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 448-449, §16. Il convient de constater que dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III*, précédemment évoqué, l'Équateur n'a pas appliqué cette suspension, malgré l'autorisation de l'ORD. L'Europe a pu ainsi éloigner les conséquences néfastes et les pertes assez importantes qu'auraient subies les détenteurs de DPI de cette application sur le sol européen.

¹⁴¹⁸ En ce sens, M.-A. Frison-Roche, « Le système des sanctions », in *l'OMC et son tribunal, Les Notes Bleues de Bercy*, n°186, 1^{er} -15 juillet 2000. D'ailleurs, dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III (Équateur)*, les arbitres ont eux même reconnu qu'« il est fort peu probable que ces personnes aient quelque chose à voir avec le fait que les Communautés européennes ne respectent toujours pas intégralement les décisions de l'ORD dans la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord opposant l'Équateur et les Communautés européennes dans l'affaire Bananes III » (Décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 157).

¹⁴¹⁹ En ce sens, voir O. Blin., « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 450, §18. En effet, suite à l'application des rétorsions américaines dans les affaires « Bananes » et « Hormones », plusieurs opérateurs économiques européens ont introduit des recours en responsabilité pour faute contre la Communauté européenne (partie récalcitrante), afin d'obtenir réparation du préjudice qu'ils estimaient avoir subi

n'ont en effet pas d'alternatives que de subir l'atteinte à leurs droits sans contrepartie. Toutefois, il est clair que les lobbys puissants (par exemple, dans le secteur des technologies de pointes) ne resteront pas les bras croisés, ils exerceront certainement une forte pression sur leur gouvernement fautif afin de réaliser la mise en conformité ou trouver une solution mutuellement satisfaisante au différend¹⁴²⁰. Il est à noter que ce problème est également présent dans les différends commerciaux traditionnels, mais il se démarque encore plus dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, du fait qu'il porte sur la protection des droits de propriété intellectuelle, lesquels sont reconnus comme des droits privés.

b. La difficile détermination du niveau des avantages annulés ou compromis subis à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC

372. Aux termes de l'article 22:4 du Mémorandum d'accord, « *le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera **équivalent** au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages* »¹⁴²¹. En cas de désaccord sur le niveau de la suspension proposée par la partie plaignante, il appartient aux arbitres¹⁴²² de déterminer si le niveau de la suspension proposée est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subies par la partie plaignante, du fait que la partie défenderesse n'a pas mis en conformité ses mesures incompatibles avec les règles de l'OMC¹⁴²³.

373. Dans l'hypothèse d'une suspension d'une obligation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, plusieurs auteurs ont mis en doute la possibilité de déterminer de façon exacte le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subis à la suite d'un manquement à des obligations découlant du domaine de la propriété intellectuelle. Comme le note Tuan Samahon, "*with intellectual property, it is difficult to only "take" a discrete amount of the*

du fait de son comportement illégal de ne s'être pas conformée aux décisions de l'ORD. Jusqu'à présent, le juge européen a toujours rejeté les prétentions des plaignants. Ces derniers ont donc tenté de se placer sur le terrain de la responsabilité sans faute de la Communauté européenne, mais sans plus de succès ; le juge a en effet considéré que les rétorsions constituaient un aléa normal du commerce international (*ibid*). Voir également O. Blin, « Europe et organisation mondiale du commerce (OMC) - Aspects matériels », *JurisClasseur Droit international*, 15 décembre 2009, fasc. 130-70, §§ 62-65 ; M. Lickova, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC. Perspectives croisées*, *op.cit.*, pp. 161 et s.

¹⁴²⁰ H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, pp. 156-157.

¹⁴²¹ Caractères gras ajoutés.

¹⁴²² À la demande bien sûr de la partie concernée qui va subir ces mesures de rétorsion.

¹⁴²³ Voir *supra*, §362.

property interest”¹⁴²⁴. Olivier Cattaneo souligne, à cet égard, qu’« *il apparaît difficile, voire impossible, de déterminer ce niveau dans le domaine de la propriété intellectuelle* »¹⁴²⁵.

374. En effet, dans la conception traditionnelle, la réduction des avantages induite par une violation des règles de l’OMC consiste en une réduction du commerce entre les parties au différend. Pour évaluer le niveau de ces pertes dans le cadre du GATT ou de l’AGCS, il faut calculer la valeur des biens ou des services, en raison de la violation, que le Membre plaignant n’a pas exportés vers le pays défendeur. C’est le critère de l’effet commercial de la violation des Accords sur le GATT ou l’AGCS¹⁴²⁶. Cette approche est certes complexe en termes de calcul mais elle soulève peu de difficultés étant donné qu’elle repose sur des données tangibles¹⁴²⁷. En revanche, dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC, la tâche est moins aisée car il ne s’agit pas d’une mesure commerciale dont l’effet est susceptible de chiffrage¹⁴²⁸. De fait, il est impossible d’assurer la juste équivalence du niveau des mesures de rétorsion et de l’annulation ou de la réduction des avantages. Le risque est alors que l’impact des rétorsions soit bien inférieur ou bien supérieur au préjudice subi du fait de la violation des règles de l’Accord sur les ADPIC. Chacune de ces situations présente des dangers. Si le niveau de la suspension est inférieur au niveau de l’annulation ou de la réduction des avantages, les mesures de rétorsion ne peuvent pas inciter à la mise en conformité, ce qui réduira l’attractivité du système de règlement des différends de l’OMC. À l’inverse, si le niveau de la suspension est supérieur à celui de l’annulation ou de la réduction des avantages, les mesures de rétorsion deviennent une punition, ce qui n’est nullement l’objectif du système de règlement des différends de l’OMC.

375. La décision des arbitres dans l’affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d’auteur* (WT/DS160) illustre le bien-fondé de ces inquiétudes¹⁴²⁹. Elle démontre que le montant des dommages subis pourrait être assez modeste, surtout au regard de la nature

¹⁴²⁴ T. N. Samahon, “TRIPS Copyright Dispute Settlement after the Transition and Moratorium: Non violation and Situation Complaints Against Developing Countries”, *op.cit.*, pp. 1072-1073.

¹⁴²⁵ O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p. 153.

¹⁴²⁶ H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l’Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 175.

¹⁴²⁷ A. Hamann, « La sanction du manquement à l’obligation de mise en conformité », *op.cit.*, p. 236. Le calcul des arbitres des pertes subies se fait pour le commerce des marchandises, en termes d’exportations et, pour le commerce des services, en termes de fourniture de service (*ibid.*, p. 235).

¹⁴²⁸ *Idem.*, p.236.

¹⁴²⁹ À titre de rappel, cet arbitrage a été demandé par les parties en vue de résoudre une divergence de vues dans le contexte de la négociation de compensations que les États-Unis peuvent offrir aux Communautés européennes au titre de l’article 22:2 du Mémoire d’accord, ouvrant ainsi la voie à la mise en œuvre sans qu’il y ait suspension de concessions ou d’autres obligations. L’objectif déclaré de l’arbitrage était de déterminer le niveau de l’annulation ou de la réduction d’avantages subie par les Communautés européennes en raison de l’application de l’article 110 5) B) de la Loi sur le droit d’auteur des États-Unis, qui a été jugé incompatible avec l’Accord sur les ADPIC par le Groupe spécial. Décision précitée des arbitres, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d’auteur*, WT/DS160/ARB25/1, par. 2.5). Voir *supra*, §356.

incitative des mesures de rétorsion¹⁴³⁰. En l'espèce, pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les Communautés européennes en raison de l'application de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis (jugé incompatible avec l'Accord sur les ADPIC), les arbitres ont retenu le critère des effets économiques de la violation de l'Accord sur les ADPIC¹⁴³¹. Les arbitres ont ainsi calculé le niveau des avantages des Communautés européennes qui sont annulés ou compromis, en additionnant les avantages qui, en raison de l'application de l'article 110 5) B) incriminé, n'ont pas pu être obtenus par les détenteurs de droits européens¹⁴³². Toutefois, au terme d'opérations complexes, le niveau des avantages des Communautés européennes annulés ou compromis a été fixé à la somme de 1 219 900 euros par an¹⁴³³, soit 1,1 million de dollars EU par an¹⁴³⁴. Ce montant fut une déception pour les Communautés européennes¹⁴³⁵, de même pour le Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC) qui a été extrêmement déçu de cette

¹⁴³⁰ F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 16 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *op.cit.*, pp. 875-876.

¹⁴³¹ En effet, les arbitres ont considéré que « les avantages pertinents sont ceux qui sont de nature économique » (Décision précitée des arbitres, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*), WT/DS160/ARB25/1, par. 3.18). Ils expliquent que si « les détenteurs du droit d'auteur exploitent leurs droits exclusifs en accordant des licences pour l'utilisation de leurs œuvres, l'un des avantages qui découlent de ces droits est constitué par les redevances de licences que les détenteurs de droits recevraient » et donc « les droits exclusifs tels que ceux qui sont énoncés aux articles 11bis 1) 3 et 11 1) 2 se traduiront normalement par des avantages économiques pour les détenteurs du droit d'auteur » (*ibid.*, par. 3.17).

¹⁴³² Décision précitée des arbitres, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, WT/DS160/ARB25/1, par. 3.19. Pour calculer ce niveau des avantages des Communautés européennes annulés ou compromis en raison de l'application de l'article 110 5) B), les arbitres se sont livrés à une volumineuse analyse tant pour justifier leur méthode de calcul que pour fixer la date à laquelle le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des Communautés européennes devrait être calculé. La méthode de calcul utilisée était, en fait, le mélange de deux formules proposées par les parties au différend, à savoir l'approche dite « de l'inclusion » préconisée par les Communautés européennes et l'approche dite « de l'exclusion » défendue par les États-Unis. Les arbitres ont ainsi calculé le niveau des avantages des Communautés européennes qui sont annulés ou compromis du fait de l'article 110 5) B) en termes de recettes provenant de redevances de licences qui ne sont pas obtenues par les détenteurs de droits européens. Ce montant été estimé au regard des licences qui auraient pu effectivement être accordées moyennant redevance. Il faut donc tenir compte d'un niveau de piratage inévitable, dû au coût marginal d'obtention du respect parfait du droit d'auteur, coût qui dépasserait, au-delà d'un certain niveau, le montant des redevances (*ibid.*, par. 3.20-3.35). Dans la même optique d'un calcul de l'avantage réaliste et non maximal, il faut déduire du montant des redevances collectées, les frais encourus pour le recouvrement et le fonctionnement des sociétés de gestion collective des droits d'auteurs (*ibid.*, par. 3.42-3.51). Voir H. Culot, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 187. Pour une vision globale sur le raisonnement et le calcul de l'arbitre, voir G. M. Grossman & P. C. Mavroidis, "US – Section 110(5) Copyright Act: United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: Would've or Should've? Impaired Benefits due to Copyright Infringement", *World Trade Review*, 2003, vol.2, issue 1, pp. 281-299.

¹⁴³³ Décision précitée des arbitres *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/ARB25/1, par. 5.1.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, par. 4.73. Pour un commentaire sur cette décision, voir G. M. Grossman & P. C. Mavroidis, "US – Section 110(5) Copyright Act: United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: Would've or Should've? Impaired Benefits due to Copyright Infringement", *op.cit.*, pp. 281-299.

¹⁴³⁵ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 21 novembre 2001*, WT/DSB/M/113, 17 décembre 2001, p.11, § 31.

tournure, la jugeant même de « mauvais calcul »¹⁴³⁶. En effet, force est de constater, comme le souligne le professeur Hélène Ruiz Fabri, que cette somme est « *bien peu élevée au regard des enjeux en cause alors qu'il s'agit précisément de les mesurer pour créer corrélativement une incitation à la mise en conformité* »¹⁴³⁷. D'ailleurs, il faut observer que ce montant fixé par les arbitres n'a pas été suivi par les parties au différend, car c'est la même affaire qui a donné lieu à un arrangement bilatéral entre les États-Unis et les Communautés européennes. Les deux parties se sont, en effet, mis d'accord sur une compensation pécuniaire de 3,3 millions de dollars EU à un fond de promotion des auteurs européens¹⁴³⁸, soit presque trois fois supérieure à celle fixée par l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord qui s'élevait, rappelons-le, à 1,1 millions de dollars EU par an¹⁴³⁹.

376. Un autre point du régime de l'Accord sur les ADPIC, à savoir l'incorporation dans son texte de plusieurs dispositions des conventions internationales gérées par l'OMPI, peut aussi soulever des problèmes dans l'application du système de rétorsion.

2. La suspension d'obligations découlant des conventions internationales auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie

377. Comme évoqué précédemment, l'une des spécificités de l'Accord sur les ADPIC est qu'il renvoie à plusieurs dispositions des conventions administrées par l'OMPI, telles que les Conventions de Paris et de Berne. Toutefois, s'il est possible, en théorie, d'appliquer la suspension d'obligations au regard de ces conventions (a), sa mise en œuvre pourrait donner lieu à de sérieuses difficultés aussi bien juridiques que pratiques (b).

a. La possibilité de suspension d'obligations découlant des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie

378. L'Accord sur les ADPIC est unique parmi les Accords de l'OMC en ce qu'il intègre dans son corps de règles des dispositions de plusieurs conventions de propriété

¹⁴³⁶ « UE/États-Unis - le GESAC déçus par le règlement du différend sur les droits d'auteur », 17 novembre 2001, *Europolitique*, 2001.

¹⁴³⁷ H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *op.cit.*, pp. 875-876.

¹⁴³⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 24 juin 2003*, WT/DSB/M/151, 12 août 2003, p. 2. À ce sujet, voir *supra*, §354.

¹⁴³⁹ De ce fait, il y a lieu, comme l'a noté le professeur Hélène Ruiz Fabri de « *s'interroger sur le respect de la force obligatoire de la décision arbitrale au titre de l'article 25* » (H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage », *op.cit.*, p. 110).

intellectuelle administrées par l'OMPI¹⁴⁴⁰. La Convention de Paris dont l'incorporation est limitée aux articles premier à 12 et à l'article 19 ; la Convention de Berne dont l'incorporation est aussi limitée aux articles premier à 21 (sauf article 6 bis relatif au droit moral de l'auteur) et à l'Annexe de ladite Convention ; et enfin au Traité de Washington dont également l'incorporation est limitée aux articles 2 à 7 (sauf le paragraphe 3 de l'article 6), à l'article 12 et au paragraphe 3 de l'article 16 du Traité. De par cette incorporation, toutes les dispositions des conventions mentionnées ci-dessus, font donc partie des obligations à respecter par l'ensemble des Membres de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁴¹.

379. Par ailleurs, l'Accord sur les ADPIC ne déroge en rien aux obligations que les États Membres assument au titre des conventions auxquelles son corpus renvoie. Son article 2:2 précise à cet égard qu'« aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés ». D'ailleurs, plusieurs Membres de l'OMC sont, également, parties de ces conventions. À la question de savoir s'il est possible de suspendre une obligation découlant de la Convention de Berne ou de Paris, incorporée par référence dans l'Accord sur les ADPIC, les arbitres dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III (Équateur)* ont répondu par l'affirmative¹⁴⁴². Ils notent que l'article 2:2 ne concerne que les Parties I à IV de l'Accord sur les ADPIC et ne se prolonge donc pas aux des dispositions relatives à la question « Prévention et règlement des différends » figurent dans la Partie V¹⁴⁴³. Ils précisent aussi qu'« aucune disposition de l'article 64 ou d'autres articles de l'Accord sur les ADPIC ne prévoit expressément que l'article 22 du Mémorandum d'accord ne s'applique pas à l'Accord sur les ADPIC »¹⁴⁴⁴.

380. Ainsi, s'il est vrai que rien n'interdit que la suspension d'obligations soit prise en vertu de la Convention de Paris ou de Berne, ou même du Traité de Washington, incorporé

¹⁴⁴⁰ Voir F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.14 TRIPS*, op.cit., p. 9.

¹⁴⁴¹ Voir *supra*, §126.

¹⁴⁴² Dans cette affaire, les parties se sont opposées sur le point de savoir si l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC empêche ou permet la suspension d'obligations dans le cadre de l'accord qui ont un rapport avec la Convention de Paris, de Berne, de Rome ou le Traité de Washington. Décision précitée des arbitres, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 148.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, par. 150.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.* Selon les arbitres, « ni l'article 2:2 lu conjointement avec l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC ni aucune autre disposition des Accords de l'OMC n'indiquent qu'une autorisation par l'ORD de la suspension demandée serait théoriquement prohibée en vertu des règles de l'OMC » (*ibid.*, par. 151).

par référence dans l'Accord sur les ADPIC, la mise en œuvre de cette suspension connaîtra, toutefois, certaines difficultés d'ordre juridique et pratique au regard de ces conventions.

b. Les difficultés juridiques et pratiques liées à la suspension d'obligations découlant des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie

381. Comme relevé précédemment, rien n'empêche un Membre de demander l'autorisation de l'ORD pour suspendre certaines obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, y compris celles contenues dans les conventions internationales auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, à condition que la demande soit conforme à toutes les prescriptions de l'article 22 du Mémoire d'accord, y compris ses paragraphes 3 et 4.

382. Cependant, dans la mesure où l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC stipule que l'accord ne saurait déroger aux obligations de l'adhésion de ses Membres aux conventions auxquelles il renvoie, ces derniers demeurent, ainsi, pleinement liés par leurs obligations existantes en vertu de ces conventions¹⁴⁴⁵. En d'autres termes, les obligations existantes entre les parties membres des Conventions de Paris, de Berne ou encore du Traité de Washington ne sont pas affectées ou réduites, du fait de l'adhésion à l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁴⁶. En pareille situation, il est légitime de se demander si une suspension d'obligations au titre de la Convention de Berne ou de Paris par exemple, auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, constituerait une violation de ces conventions. Par exemple, si la suspension d'obligations portait sur la section relative au brevet, les obligations au titre de la Convention de Paris, notamment celles relatives au traitement national pourraient être violées. De même, si la suspension d'obligation portait sur la section du droit d'auteur, il y aurait certainement des conséquences similaires au regard de la Convention de Berne¹⁴⁴⁷.

383. L'affaire *Communautés européennes — Bananes III (Équateur)* est pertinente, à cet égard, car les arbitres eux-mêmes ont relevé ce potentiel problème. Mais, ils ont déclaré

¹⁴⁴⁵ Selon les arbitres dans l'affaire *Communautés européennes — Bananes III (Équateur)*, l'article 2:2 peut être interprété « *comme visant les obligations que les parties contractantes aux Conventions de Paris, de Berne et de Rome et au Traité IPIC qui sont aussi Membres de l'OMC ont entre elles en vertu de ces quatre traités* » (décision précitée des arbitres sur l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 149). À titre d'exemple, le fait que l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore dans cet accord les articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne à l'exception de l'article 6*bis* ne signifie pas que les membres de l'Union de Berne seraient désormais exemptés de cette obligation de garantir les droits moraux découlant de la Convention de Berne (*ibid*).

¹⁴⁴⁶ A. Kerever, « Le GATT et le droit d'auteur international, l'accord sur « les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *op.cit.*, p. 632.

¹⁴⁴⁷ Voir A. Subramanian & J. Watal, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *op.cit.*, p. 410.

qu'il n'est pas de leur compétence en tant qu'arbitres, agissant conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, de déterminer si le plaignant, en suspendant¹⁴⁴⁸ « certaines obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, agirait d'une manière incompatible avec les obligations internationales découlant pour lui de traités autres que les accords visés par l'OMC (par exemple, les Conventions de Paris, de Berne et de Rome, que l'Équateur a ratifiées) »¹⁴⁴⁹. Selon les arbitres, il appartient entièrement, le cas échéant, au pays autorisé à appliquer la rétorsion et aux autres parties à ces traités de déterminer si une forme spécifique choisie par le pays autorisé « pour mettre en œuvre la suspension de certaines obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC donne lieu à des difficultés d'ordre juridique ou pratique au regard de ces traités »¹⁴⁵⁰.

384. Ainsi, la conformité de la demande de suspension de certaines obligations contenues dans les conventions, auxquelles l'Accord sur les ADPIC fait référence, à toutes les prescriptions de l'article 22 du Mémoire d'accord, n'exclurait pas le risque de violation des obligations de ces conventions, auxquelles le Membre concerné est également lié¹⁴⁵¹. Pour les Professeurs Arvind Subramanian et Jayashree Watal, dans la mesure où le système de règlement des différends de l'OMC permet la suspension de certains engagements au titre de l'Accord sur les ADPIC, le risque de conflit a toujours existé¹⁴⁵². Ces incertitudes ont créé, comme certains l'appellent, une cacophonie institutionnelle¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁸ Bien évidemment qu'après avoir été autorisé par l'ORD.

¹⁴⁴⁹ Décision précitée des arbitres sur l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 152. Cette décision des arbitres de se déclarer incompétents pour déterminer si l'Équateur, en suspendant certaines obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, viole certaines de ses obligations au titre des conventions de l'OMPI, est tout à fait logique. N'oublions pas en effet qu'on est en présence de normes qui existent dans deux ensembles normatifs distincts avec un juge qui ne peut dépasser son ordre de compétence. En ce sens, J. Cazala, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments extérieures à l'Organisation », *op.cit.*, p. 544.

¹⁴⁵⁰ Décision précitée des arbitres dans l'affaire *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB/ECU, par. 152. En pareille situation, le Membre de l'OMC qui subit ces mesures de rétorsion pourrait certes attirer le Membre en question devant la Cour internationale de justice. Mais, cette dernière, en raison de la clause de réserve, entre autres, n'a jamais été saisie au regard de ces conventions. Voir G. L. Slater, "The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization", *op.cit.*, p. 1377, note n°58.

¹⁴⁵¹ En ce sens, voir Gabriel L. Slater, "The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization", *op.cit.*, p. 1376. Voir également A. Subramanian & J. Watal, "Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?", *op.cit.*, p. 410 ; V. Hrbatá, "No International Organization is an Island . . . the WTO's Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?", *Journal of World Trade*, 2010, vol.44, issue 1, pp. 30-34.

¹⁴⁵² A. Subramanian & J. Watal, "Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?", *op.cit.*, p. 411.

¹⁴⁵³ G. B. Dinwoodie and R. C. Dreyfuss, "Enhancing Global Innovation Policy: The Role of WIPO and its Conventions in Interpreting the TRIPS Agreement", in C.M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection*

385. Il en est de même pour les autres obligations internationales contractées au regard d'autres conventions protégeant la propriété intellectuelle, notamment dans le domaine des droits de l'homme¹⁴⁵⁴. En effet, les principaux textes des droits fondamentaux de l'homme, nationaux comme internationaux, énoncent la propriété intellectuelle comme faisant parties de ces droits. Au niveau international, l'article 27:2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 prévoit que « *chacun a droit à la protection de ses intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Une disposition quasi similaire apparaît dans l'article 15(1)(c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966¹⁴⁵⁵. De même, au niveau national et communautaire, on peut citer respectivement, à cet égard, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (article XIII)¹⁴⁵⁶ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 17)¹⁴⁵⁷. Les Membres de l'OMC et signataires des déclarations des droits de l'homme sont liés par leurs engagements en matière des droits de l'homme. S'ils suspendent certaines obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, ils seront ainsi en situation de violation au regard de ces conventions souscrites dans le domaine des droits de l'homme.

of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO, Volume I, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 114.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, p. 424.

¹⁴⁵⁵ L'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels exige des États qu'ils reconnaissent le droit « *[d]e bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Sur ce texte, voir A. R. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligation découlant de l'article 15(1) (c) du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bulletin du Droit d'Auteur*, juillet–septembre 2001, n°3, pp.4-39, disponible à l'adresse suivante: <http://www.legavox.fr/blog/laboratoire-print/propriete-intellectuelle-droit-fondamental-1467.htm#.Um4waPILNXw> (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁴⁵⁶ L'article XIII de la déclaration américaine dispose que « *toute personne (...) a droit à la protection des intérêts moraux et matériels qui découlent des inventions ou des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, dont elle est l'auteur* ». À noter que cette déclaration a été adoptée à la neuvième Conférence Internationale Américaine, à Bogota, (Colombia), en avril 1948, soit plusieurs mois avant la déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'ONU.

¹⁴⁵⁷ L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 est consacré au droit de propriété et le paragraphe 2 dispose que « *la propriété intellectuelle est protégée* ». (Article 17:2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, 2000/C 364/01, du 18 décembre 2000). Il existe, à ce propos, un grand débat sur la pertinence d'une telle reconnaissance au profit de l'ensemble des catégories de droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, droits des brevets, des marques, des dessins et modèles, les indications géographiques ...). Pour beaucoup d'auteurs, seul le droit d'auteur relève des droits fondamentaux. Sur cette question, voir entre autres : M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, octobre 1997, n°174, p. 61 et s ; C. Caron, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *Communication Commerce Électronique*, juin 2001, comm. n° 55, p. 25.

Conclusion du Titre 2

386. Grâce aux différends relatifs aux ADPIC ayant déjà fait l'objet d'une procédure de règlement des différends de l'OMC, on a pu mettre en lumière certains aspects processuels de cette procédure et de cerner plus aisément l'organisation et le fonctionnement des organes intervenant dans le règlement des différends, à savoir les Groupes spéciaux, l'Organe d'appel, l'ORD et les arbitres. Cette analyse a permis, d'une part, de constater que les procédures du Mémoire d'accord ont été naturellement appliquées aux affaires ADPIC, et d'autre part, de mettre en avant certaines pratiques pour traiter ce genre particulier de différend, notamment concernant la composition des Groupes spéciaux (appartenant à la communauté des spécialistes du domaine de la propriété intellectuelle) et le recours fréquent des Groupes spéciaux au Bureau international de l'OMPI pour leur fournir des renseignements factuels sur certaines dispositions des conventions dont cette organisation assure la gestion. L'analyse a également révélé certaines difficultés et problèmes spécifiques soulevés par l'application du système de rétorsion à l'Accord sur les ADPIC, du fait notamment de la nature privée des droits qu'il tend à protéger et de la structure particulièrement complexe sur laquelle il est fondé.

Conclusion de la première partie

387. À la lumière de ce qui précède, il faut retenir que le processus de règlement des différends relatifs aux ADPIC ne présente aucune particularité par rapport aux autres différends commerciaux traditionnellement portés devant l'OMC, même si l'accord ne porte pas, à proprement parler, sur l'accès aux marchés mais établit plutôt des normes minimales en ce qui concerne la protection des droits de la propriété intellectuelle, lesquels sont reconnus comme des droits privés. L'Accord sur les ADPIC a reconnu que le règlement des différends découlant de son cadre s'opère selon les règles et procédures contenues dans le Mémoire d'accord sans même le subordonner à aucune règle spéciale ou additionnelle. Il en est de même pour la règle de saisine du système de règlement des différends de l'OMC, l'Accord sur les ADPIC ne bénéficie d'aucune particularité à cet égard. Comme pour tous les Accords de l'OMC, seuls les États et territoires douaniers distincts Membres du « Club de l'OMC »¹⁴⁵⁸ peuvent recourir au système de règlement des différends de l'organisation à l'exclusion donc des ressortissants des Membres qui sont, pourtant, les destinataires de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, un élément important doit être relevé quant au type de plaintes pouvant être déposées devant l'ORD. Il n'est en effet recevable devant l'ORD, à ce jour, que les plaintes qui visent les situations de violations des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Les deux autres motifs d'actions, notamment les plaintes relatives à une « situation de non violation » ou « motivées par une autre situation », ne sont toujours pas autorisées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. En effet, le moratoire initial qui faisait obstacle à leur application, a été depuis prorogé plusieurs fois, d'une conférence ministérielle à l'autre. La question est d'ailleurs toujours en cours de discussions au sein du Conseil des ADPIC qui devait examiner la portée et les modalités qu'il convient de réserver à ces types de plaintes. Les discussions assez animées au sein de ce Conseil à ce sujet laissent raisonnablement penser que cette interdiction va encore se poursuivre.

388. Quant au déroulement et au fonctionnement du règlement des différends relatifs aux ADPIC, de l'analyse des différends ayant déjà fait l'objet de règlement des différends de l'OMC, il est observé que les règles et procédures du Mémoire d'accord semblent s'appliquer sans difficultés aux affaires ADPIC. Toutefois, l'application théorique

¹⁴⁵⁸ Cette expression est couramment employée, voir par exemple, S. Mouaffak, « 50^{ème} anniversaire du Système commercial multilatéral, « LE CLUB » », *Maroc Hebdo International*, n°324, du 23 au 29 mai 98, p. 8 ; OMC E-Learning, *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, op.cit., p. 28.

de ces règles et procédures du Mémorandum d'accord n'est pas sans soulever des difficultés et problèmes dans la pratique, en ce qui concerne le système de rétorsion. Pour l'essentiel, il apparaît que le Mémorandum d'accord offre un moyen efficace de régler les différends relatifs à la propriété intellectuelle qui n'a rien à voir avec ce qui était proposé en matière de règlement des différends par les Conventions de Berne et de Paris administrées par l'OMPI qui donnaient compétence à Cour internationale de justice. Il faut dire que le système de règlement des différends de l'OMC est unique en son genre car, en plus d'appliquer les mêmes règles du jeu à tous (pays riches et pauvres), il se distingue par le caractère détaillé et concret des fonctions de tous les organes intervenants (les Groupes spéciaux, l'Organe d'appel, les arbitres et l'ORD), par des délais de traitement précis ainsi que par son caractère contraignant et quasi-automatique. D'ailleurs, l'application du système de règlement des différends de l'OMC dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC a, jusqu'à présent, été couronnée de succès, dans lequel l'ORD a joué un rôle incontournable.

DEUXIEME PARTIE - LE RÔLE DE L'ORD DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC

389. Lorsqu'un Membre de l'OMC considère qu'il est victime d'une violation des obligations énoncées à l'Accord sur les ADPIC par un autre Membre, il peut porter plainte devant l'ORD¹⁴⁵⁹. Cette instance a été à plusieurs reprises sollicitée à cet égard. En effet, l'ORD a reçu 34 notifications de demandes de consultations au titre du Mémorandum d'accord concernant des allégations d'incompatibilité avec les obligations contractées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁶⁰.

390. Jusqu'à présent, le recours au système de règlement des différends de l'OMC dans le cadre de l'ADPIC a enregistré des résultats plutôt positifs avec un rôle incontournable de l'ORD¹⁴⁶¹. Ce dernier a su, en effet, répondre aux attentes des Membres en leur permettant de bénéficier d'un règlement rapide, efficace et impartial de leurs différends (Titre 1). De plus, à travers l'activité de résolution des différends (qui est menée essentiellement par les Groupes spéciaux et, le cas échéant, par l'Organe d'appel), l'ORD a significativement contribué à la clarification de nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC (Titre 2).

TITRE 1 - L'EFFECTIVITÉ DU RÈGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX ADPIC AU SEIN DE L'OMC

391. L'originalité du système de règlement des différends de l'OMC tient au rôle de tout premier plan que joue l'ORD. Toutefois, si on doit mesurer l'efficacité du système de règlement des différends de l'OMC dans le domaine des ADPIC, ce n'est certainement pas au nombre de plaintes qui sont soumises à l'ORD que l'on doit se référer. D'autant plus que ces

¹⁴⁵⁹ Sur l'organisation et le fonctionnement du processus de règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, voir *supra*, première partie, titre II.

¹⁴⁶⁰ Voir le tableau n°1 dans notre introduction.

¹⁴⁶¹ Notons, à cet égard, que toutes les parties au différend ont opté pour la procédure faisant intervenir le Groupe spécial et le, cas échéant, l'Organe d'appel comme moyen de régler leur différend. La procédure de l'arbitrage, quant à elle, n'a cependant jamais été utilisée pour régler un différend relatif à l'Accord sur les ADPIC. Sur ce point, voir *supra*, §230.

dernières ne représentent qu'une très faible proportion, soit 34 plaintes sur les 524 plaintes présentées à l'OMC à la date du 30 avril 2017¹⁴⁶². Il conviendrait de se référer, au contraire, comme le souligne très justement le Professeur Éric Canal-Forgues, « *au nombre, en l'espèce considérable, de litiges évités grâce à la procédure de consultations préalable et au nombre, en l'occurrence non négligeable, de litiges promptement et définitivement résolus par le truchement des instances de règlement des différends* »¹⁴⁶³.

392. Selon les statistiques publiées par l'OMC, sur les 34 plaintes ayant trait à l'Accord sur les ADPIC déposées devant l'ORD, une d'entre elles a vu sa procédure devant le Groupe spécial suspendue¹⁴⁶⁴, 4 font l'objet de procédures en cours¹⁴⁶⁵, et 29 ont pu être réglées. Parmi ces 29 plaintes, 10 ont débouché sur des rapports de Groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel, 13 ont été résolues par un règlement amiable notifié et 6 sont présumées avoir été réglées à l'amiable ou simplement abandonnées.

393. L'ORD, responsable de la mise en application du Mémoire d'accord, a joué un rôle important dans le règlement des différends relatifs aux ADPIC et ce à double titre. D'une part, grâce à la façon satisfaisante dont il est conçu et remplit sa fonction, l'ORD a été un acteur incontournable pour arriver à un règlement définitif des différends relatifs aux ADPIC (Chapitre 2). D'autre part, grâce à son existence et l'autorité qu'il dégage, l'ORD a contribué considérablement par son pouvoir dissuasif, à favoriser les règlements à l'amiable dans plusieurs cas (Chapitre 1).

¹⁴⁶² Les plaintes relatives aux ADPIC ne représentent que 6,5 % environ de toutes les plaintes notifiées à l'OMC.

¹⁴⁶³ É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC, op.cit.*, p. 11.

¹⁴⁶⁴ Il s'agit de la plainte de l'Ukraine portée à l'encontre de l'Australie (WT/DS434). L'Ukraine a demandé au Groupe spécial de suspendre ses travaux concernant ce différend conformément à l'article 12:12 du Mémoire d'accord. OMC, *Communication du Président du Groupe spécial*, WT/434/16, 3 juin 2015. Cette plainte faisait partie du groupe de plaintes portées à l'encontre de l'Australie (WT/DS 435 (plainte du Honduras), WT/DS441 (plainte de la République dominicaine), WT/DS458 (plainte du Cuba), WT/DS 467 (plainte de l'Indonésie)).

¹⁴⁶⁵ Il s'agit des plaintes suivantes dirigées toutes à l'encontre de l'Australie : WT/DS 435 (plainte du Honduras), WT/DS441 (plainte de la République dominicaine), WT/DS458 (plainte du Cuba), WT/DS 467 (plainte de l'Indonésie). Toutes ces plaintes portent sur des mesures identiques, à savoir les mesures concernant *les marques de fabriques ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*. Dans ces quatre différends, des Groupes spéciaux ont été constitués et la procédure de règlement est encore en cours.

Chapitre 1 - L'ORD, une instance de dissuasion au contentieux pour favoriser le règlement amiable des différends relatifs aux ADPIC

394. Le but du mécanisme de règlement des différends de l'OMC est d'arriver à une solution positive des différends¹⁴⁶⁶. Les Membres parties au différend sont, en effet, encouragés à rechercher une solution mutuellement convenue, compatible avec les dispositions de l'OMC pendant toute la durée du processus, depuis la phase des consultations jusqu'à la formation du Groupe spécial¹⁴⁶⁷. Comme le souligne à juste titre l'ancien Directeur général de l'OMC, Renato Ruggiero : *“The WTO dispute settlement system is in some ways the first international economic court or tribunal that the world has known; and yet it is still preferable for the Member countries involved to discuss their problems and to try to resolve them among themselves before actually resorting to a panel”*¹⁴⁶⁸.

395. Selon les données officielles de l'OMC, sur les 34 affaires portées officiellement devant l'ORD au titre de l'Accord sur les ADPIC, 19 affaires ont été résolues par les parties concernées elles-mêmes au stade initial de la procédure, c'est-à-dire pendant ou après les consultations ou même après l'établissement d'un Groupe spécial mais avant que celui-ci ne soit constitué.

396. Dans cette tendance, l'ORD a joué un rôle de tout premier plan grâce à son pouvoir dissuasif qui fait reculer aujourd'hui les nations les plus puissantes¹⁴⁶⁹. Cette autorité de l'ORD s'explique par les innovations contenues dans le Mémorandum d'accord, à savoir l'enchaînement quasi-automatique des différentes étapes du processus de règlement des différends, les délais restreints et la possibilité quasi nulle pour un Membre de bloquer la procédure ou d'échapper aux décisions de l'ORD en raison de la règle du consensus négatif. En somme, le risque pour un Membre d'être poursuivi, condamné et sanctionné par l'ORD est, non plus potentiel, mais bien réel¹⁴⁷⁰. Ces nouveaux éléments ont eu certainement un

¹⁴⁶⁶ D'ailleurs, l'article 3:7 du Mémorandum d'accord énonce clairement qu'« *une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable* ».

¹⁴⁶⁷ Les parties au différend sont même encouragées à faire des efforts en ce sens, à tous les stades du processus de règlement des différends, comme cela ressort du schéma décrit dans l'annexe III.

¹⁴⁶⁸ Allocution prononcée par l'ancien Directeur général M. Renato Ruggiero en 1998 à l'Université de Trieste, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/news_f/spr_r_f/triest_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁴⁶⁹ M.-A. Frison-Roche, « Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10e forum de la régulation », *Les Petites Affiches*, 22 octobre 2004, n°212, p.9.

¹⁴⁷⁰ En effet, en raison de la technique du « consensus négatif » exposée précédemment, le processus de règlement des différends de l'OMC ne peut plus être bloqué. En effet, une fois ce processus mis en marche, il est, pour reprendre l'expression du Professeur Georges Abi-Saab, comme « le char du Jagermout », impossible à arrêter. Ainsi, si une partie tient à recourir à un Groupe spécial, il sera constitué et son rapport sera adopté par l'ORD sauf consensus pour le rejeter ou appel d'une des parties. Il en est de même, en ce qui concerne la procédure d'appel, laquelle conduira, elle aussi, à l'adoption du rapport par l'ORD, sauf consensus pour le

effet positif sur la volonté du défendeur de rechercher une solution satisfaisante au différend¹⁴⁷¹, notamment quand les violations des règles de l'Accord sur les ADPIC sont explicitement manifestes¹⁴⁷². Comme l'indiquent les Professeurs Marc L. Busch et Eric Reinhardt, à ce stade de l'affaire, le défendeur doit alors soupeser divers facteurs, entre autres, « *les conséquences économiques des éventuelles mesures de rétorsion ; le désir d'éviter la condamnation normative qu'il suscitera en enfreignant ouvertement les règles commerciales* »¹⁴⁷³. En somme, la mise en œuvre de la procédure de règlement des différends de l'OMC l'expose à autant de risques, ce qui constitue en fin de compte autant d'éléments dissuasifs non négligeables.

397. En respectant la chronologie des affaires portées devant l'ORD, on prêterait attention d'abord aux différends relatifs aux ADPIC réglés au stade initial de la procédure de règlement des différends (Section 1), pour ensuite analyser les efforts fournis par les défendeurs pour arriver à une solution mutuellement satisfaisante au différend (Section 2).

Section 1 : Les différends relatifs aux ADPIC réglés au stade initial de la procédure de règlement des différends

398. À ce jour, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, bon nombre de différends portés officiellement devant l'ORD n'ont pas dépassé le stade initial de la procédure de règlement des différends. Les parties concernées aux différends ont, en effet, réussi à résoudre la question litigieuse au niveau des négociations bilatérales sans l'intervention du Groupe

rejeter. Voir G. Abi-Saab, « Le règlement des différends à l'OMC et le droit international général », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, p. 9.

¹⁴⁷¹ Voir P. Nicora, « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir? », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce ?*, *The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 244.

¹⁴⁷² En ce sens, R. Okediji, "TRIPS Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Winter, 2001, vol. 49, pp. 631-632. Comme l'écrit Joost Pauwelyn, "Given the relative clarity of at least the core TRIPS rules, both parties often realize that the defending country is in violation and needs to pass a particular amendment" (J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, p. 423).

¹⁴⁷³ M. L. Busch et E. Reinhardt, « L'évolution du règlement des différends au GATT et à l'OMC », in J. M. Curtis et D. Ciuriak (éd.), *Les recherches en politique commerciale*, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2003, p. 165.

spécial, c'est-à-dire soit pendant ou après les consultations ou après l'établissement d'un Groupe spécial, mais avant que celui-ci ne soit constitué¹⁴⁷⁴.

399. Cependant, si pour certains de ces différends, le règlement à l'amiable a été notifié à l'ORD, conformément à l'article 3:6 du Mémoire d'accord¹⁴⁷⁵(§1), pour d'autres, cela n'a pas été fait. Dans ce dernier cas, et en raison de l'état inactif avéré de ces différends, il est présumé que lesdits différends ont été réglés à l'amiable ou tout simplement abandonnés (§2).

§1. Les affaires réglées par un accord amiable officiellement notifiées à l'ORD

400. Le nombre d'affaires relatives aux ADPIC ayant trouvé une solution convenue d'un commun accord est non négligeable. Sur les 34 affaires qui ont fait l'objet d'un recours devant l'ORD, 13 affaires se rapportant sur neuf questions distinctes ont fait l'objet d'un règlement amiable notifié officiellement à l'ORD, conformément à l'article 3:6 du Mémoire d'accord¹⁴⁷⁶. Il faut, par ailleurs, noter que toutes ces affaires ont trouvé un règlement amiable dès les premiers stades des procédures de règlement des différends de l'OMC, c'est-à-dire à la suite de la procédure de consultations ou après établissement du Groupe spécial, mais avant que celui-ci n'entreprenne ses travaux. Comme le montre le tableau n°8 ci-après, neuf affaires ont pu se solder par une solution mutuellement convenue lors de la phase des consultations¹⁴⁷⁷ ; trois affaires après une première demande

¹⁴⁷⁴ Notons, toutefois qu'une solution positive est toujours possible même après la constitution du Groupe spécial. Dans ce cas, l'article 12:7 du Mémoire d'accord prévoit que le Groupe spécial se bornera dans son rapport à exposer succinctement l'affaire et à faire savoir qu'une solution a été trouvée.

¹⁴⁷⁵ L'article 3:6 du Mémoire d'accord énonce que « *les solutions convenues d'un commun accord pour régler des questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents, devant lesquels tout Membre pourra soulever toute question à ce sujet* ».

¹⁴⁷⁶ Le Mémoire d'accord contrairement à beaucoup d'autres systèmes judiciaires, ne permet pas aux parties de régler leur différend selon les modalités de leur choix. Les solutions que celles-ci estiment mutuellement acceptables doivent aussi être compatibles avec l'Accord sur l'OMC et ne doivent pas annuler ni compromettre des avantages résultant pour tout autre Membre dudit accord (articles 3:5 et 3:7 du Mémoire d'accord). Ainsi, si la question a été formellement soulevée dans une demande de consultations, les solutions mutuellement convenues doivent être notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents conformément à l'article 3:6 du Mémoire d'accord. Voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 8: Le règlement des différends sans le recours aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel*, en ligne :https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c8s1p1_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁴⁷⁷ Comme exposé précédemment, dès que la phase de consultations bilatérales est enclenchée, le processus de règlement des différends n'est plus en « mode veille ». Laurence Dubin relevait à cet égard que la demande de consultations adressée à l'ORD a une fonction intimidatrice. Selon l'auteur, la portée intimidatrice de cette demande « *s'explique aisément par le fait qu'elle déclenche la possibilité pour l'Etat plaignant d'activer un véritable compte à rebours lui permettant, s'il le souhaite (qu'importe qu'en pratique il ne le fasse pas), de demander 60 jours après l'établissement d'un groupe spécial* », un état de fait qui joue incontestablement en

d'établissement d'un Groupe spécial ; une affaire après l'établissement d'un Groupe spécial. Il faut savoir, d'ailleurs, que la demande du plaignant pour l'établissement d'un Groupe spécial n'est qu'un moyen parmi d'autres de faire pression sur les négociations avec le défendeur dans les négociations¹⁴⁷⁸. Comme le souligne le Professeur Hélène Ruiz Fabri, « *le fait de demander l'établissement d'un groupe spécial ne signifie pas nécessairement l'échec des négociations mais peut aussi être un moyen de les accélérer, de créer une "pression" »*¹⁴⁷⁹.

401. Il ressort aussi du tableau n°8 ci-dessous que sur les 13 affaires ayant trouvé un accord amiable, douze plaintes émanaient des États-Unis¹⁴⁸⁰ et une plainte de l'Union européenne¹⁴⁸¹. Les allégations présumées de non-respect des obligations prescrites par l'Accord sur les ADPIC ont visé, non seulement, des pays en voie de développement mais, également, des pays développés. Les mesures en cause ont porté sur plusieurs aspects des droits de la propriété intellectuelle, tels que les enregistrements sonores, la protection des droits des auteurs et des droits voisins, la protection des brevets et des données résultant d'essais ainsi que sur les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

Tableau n°8 : Les règlements amiables notifiés officiellement à l'ORD dans le domaine des ADPIC¹⁴⁸²

Défendeur, titre de la mesure en cause et numéro de l'affaire¹⁴⁸³	Plaignant	Date de la demande de consultations	La solution mutuellement convenue	Date de la notification de la solution mutuellement convenue
---	------------------	--	--	---

faveur du plaignant qui lui permettra de faire pression librement sur les négociations. Voir L. Dubin, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 107.

¹⁴⁷⁸ Rappelons, que la demande d'établissement d'un Groupe spécial est unilatérale. Le pays plaignant peut demander l'établissement d'un Groupe spécial. Le pays incriminé peut l'empêcher une première fois, mais lors d'une deuxième réunion de l'ORD, il n'est plus possible d'y faire opposition sauf s'il y a consensus contre l'établissement du Groupe spécial. Or, le rejet par consensus négatif est plus théorique que réel, et ne s'est jamais produit à ce jour dans la pratique de l'OMC. Sur la règle du consensus, voir *supra*, §38.

¹⁴⁷⁹ Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *op.cit.*, p. 17, §101. C'est dire que la seule menace de recourir devant le Groupe spécial paraît suffisante dans beaucoup de cas pour persuader les Membres impliqués de rechercher une solution à l'amiable. Ces derniers savent que dès cette potentielle phase, ils perdront tout contrôle sur le différend au profit d'un Groupe spécial.

¹⁴⁸⁰ Il s'agit des affaires portées contre le Japon (WT/DS 28), contre le Pakistan (WT/DS36), contre le Portugal (WT/DS37), contre l'Irlande (WT/DS82), contre le Danemark (WT/DS83), contre la Suède (WT/DS86), contre les Communautés européennes (WT/DS115 et WT/DS124), contre la Grèce (WT/DS125), contre l'Argentine (WT/DS196 et WT/DS171), contre le Brésil (WT/DS199).

¹⁴⁸¹ Il s'agit de l'affaire portée contre le Japon (WT/DS42).

¹⁴⁸² Le tableau n°8 ci-dessus nous donne une liste des différends où une solution est convenue d'un commun accord. Il inclut uniquement les différends ayant trouvé un règlement amiable au stade initial de la procédure, c'est-à-dire pendant les consultations, ou après qu'un Groupe spécial soit demandé ou établi mais avant que celui-ci ne soit constitué et n'entreprenne ses travaux.

¹⁴⁸³ Ces affaires apparaissent dans l'ordre chronologique des demandes de consultations.

<i>Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores (WT/DS 28)</i>	États-Unis	9 février 1996	Au stade des consultations	24 janvier 1997
<i>Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS36)</i>	États-Unis	30 avril 1996	Après la demande d'établissement d'un Groupe spécial	28 février 1997
<i>Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37)</i>	États-Unis	30 avril 1996	Au stade des consultations	3 octobre 1996
<i>Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores (WT/DS42)</i>	Communautés européennes	24 mai 1996	Au stade des consultations	7 novembre 1997
<i>Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82)</i>	États-Unis	14 mai 1997	Après la demande d'établissement d'un Groupe spécial	6 novembre 2000
<i>Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83)</i>	États-Unis	14 mai 1997	Au stade des consultations	7 juin 2001
<i>Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86)</i>	États-Unis	28 mai 1997	Au stade des consultations	2 décembre 1998
<i>Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)</i>	États-Unis	6 janvier 1998	Après la demande d'établissement d'un Groupe spécial	6 novembre 2000
<i>Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de</i>	États-Unis	30 avril 1998	Au stade des consultations	20 mars 2001

<i>télévision</i> (WT/DS124)				
<i>Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision</i> (WT/DS125)	États-Unis	4 mai 1998	Au stade des consultations	20 mars 2001
<i>Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture</i> (WT/DS171)	États-Unis	6 mai 1999	Au stade des consultations	31 mai 2002
<i>Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais</i> (WT/DS196)	États-Unis	30 mai 2000	Au stade des consultations	31 mai 2002
<i>Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet</i> (WT/DS199)	États-Unis	30 mai 2000	Après l'établissement d'un Groupe spécial par l'ORD, mais avant sa constitution	5 juillet 2001

Source : liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC

402. Les paragraphes qui suivent décrivent brièvement l'historique de chaque affaire en mentionnant les différents Membres impliqués (voir le tableau n°8 ci-dessus). Seront ainsi successivement abordées, les affaires impliquant d'abord, le Japon (A), le Pakistan (B), le Brésil (C), ensuite, l'Argentine (D) et enfin l'Europe (E).

A. Le Japon

403. Les États-Unis et les Communautés européennes ont respectivement porté plainte contre le Japon au sujet de la protection des enregistrements sonores dans ce pays.

404. Les États-Unis ont été les premiers à demander l'ouverture de consultations avec le Japon (WT/DS28)¹⁴⁸⁴. Dans leur demande, datée du 9 février 1996, les États-Unis ont allégué que le régime juridique de protection des enregistrements sonores appliqué au Japon n'était pas compatible avec l'Accord sur les ADPIC, notamment avec les articles 3, 4, 14, 61, 65 et 70¹⁴⁸⁵. L'industrie américaine a subi des pertes économiques considérables du fait de ce régime japonais. Selon les déclarations de la représentante américaine pour les questions commerciales internationales, Mme Charlene Barshefsky : *“It is estimated that approximately 6 million unauthorized recordings, from the pre-1971 period are manufactured and sold in Japan annually. Industry estimates are that U.S. rights holders in these sound recordings lost half a billion dollars annually because of the absence of such protection in Japan”*¹⁴⁸⁶.

405. Le 22 février 1996, les Communautés européennes ont demandé à participer aux consultations¹⁴⁸⁷. Elles ont fait valoir le fait qu'elles ont un intérêt commercial substantiel pour ce qui concerne, entre autres, les parties pertinentes du répertoire de musique populaire des Beatles, des Rolling Stones, de Rod Stewart, des Who, de Cliff Richard, d'Eric Clapton et de James Last, ainsi que du répertoire de musique classique de Karl Böhm, Ferenc Fricsay, Karl Richter, Herbert Von Karajan, Leonard Bernstein, Sir Georg Solti et des orchestres philharmoniques de Vienne et de Berlin. D'après les calculs effectués par la branche de production européenne, en fonction de sa connaissance du marché japonais et de l'observation de celui-ci, il apparaît que les copies non autorisées d'enregistrements européens représentent plus de 100 millions d'écus pour la période en question¹⁴⁸⁸. Par une communication datée du 29 février 1996, le Japon a informé l'ORD qu'il avait accepté la demande présentée par les Communautés européennes en vue de participer aux consultations que le gouvernement des États-Unis a demandé à tenir avec le Japon¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁴ C'est d'ailleurs la première affaire concernant l'Accord sur les ADPIC soumise au système de règlement des différends de l'OMC.

¹⁴⁸⁵ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS28/1, IP/D/1, 14 février 1996.

¹⁴⁸⁶ Communiqué de presse de l'Office of the United States Trade Representative : “USTR-Designate Barshefsky Announces Resolution of WTO Dispute with Japan on Sound Recordings”, *press release 97-04*, January 24, 1997, en ligne : http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005579.asp (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁴⁸⁷ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des Communautés européennes*, WT/DS28/2, 28 février 1996.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ OMC, *Acceptation par le Japon de la demande de participation aux consultations présentée par les Communautés européennes conformément à l'article 4:11 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS28/3, 6 mars 1996.

406. Plusieurs séries de consultations formelles et informelles ont eu lieu au cours de l'année 1996¹⁴⁹⁰. Toutefois, le 24 mai 1996, les Communautés européennes ont fini par demander l'ouverture de consultations avec le Japon au sujet de la même question pour laquelle les États-Unis ont déjà demandé l'ouverture des consultations (WT/DS42), à savoir la protection des enregistrements sonores. La mesure en cause était la même : la législation d'application promulguée par le Japon, en particulier la Loi n°112 de 1994¹⁴⁹¹. À la différence de la demande présentée par les États-Unis, la demande des Communautés européennes a été plus claire et plus comprise. Il est, en effet, bien expliqué qu'en vertu de l'Accord sur les ADPIC, et notamment des articles 14:6 et 70:2, qui renvoient à l'article 18 de la Convention de Berne, les Membres de l'OMC sont tenus d'accorder, aux producteurs d'enregistrements sonores et aux artistes interprètes ou exécutants, une protection d'une durée de 50 ans à compter de la fin de l'année de fixation ou d'exécution pour toutes les œuvres qui ne sont pas encore tombées dans le domaine public. Dans la pratique, cela signifie que les œuvres créées depuis le 1^{er} janvier 1946 doivent bénéficier de la protection prévue dans l'Accord sur les ADPIC pour le reste de la période de 50 ans, ledit accord ayant pris effet au 1^{er} janvier 1996 pour les pays développés Membres de l'OMC. La législation japonaise susmentionnée (Loi n°112 de 1994) ne prévoit de protection que pour les enregistrements sonores produits après le 1^{er} janvier 1971. De l'avis de la Communauté européenne et de ses États membres, cette législation n'est donc pas compatible avec les obligations résultant pour le Japon de l'Accord sur les ADPIC, puisqu'elle n'étend pas la protection aux enregistrements sonores produits pendant la période allant du 1^{er} janvier 1946 au 1^{er} janvier 1971¹⁴⁹².

407. Le 6 juin 1996, les États-Unis notifient qu'en raison de leur intérêt commercial substantiel, ils désirent participer aux consultations demandées par les Communautés européennes¹⁴⁹³. Cette demande a été acceptée par le Japon le 13 juin 1996¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹⁰ "USTR-Designate Barshefsky Announces Resolution of WTO Dispute with Japan on Sound Recordings", *press release 97-04*, January 24, 1997.

¹⁴⁹¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/1, IP/D/4, 4 juin 1996.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ Dans leur demande de participation aux consultations, les États-Unis ont indiqué qu'ils « ont un intérêt commercial substantiel pour ce qui concerne la vente et la distribution au Japon d'enregistrements sonores, en particulier ceux qui ont été produits pendant la période du 1^{er} janvier 1946 au 1^{er} janvier 1971. La branche de production des États-Unis estime à plus de 500 millions de dollars les pertes subies par les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs d'enregistrements sonores des États-Unis sur le marché japonais du fait qu'ils n'ont pas perçu les redevances dues sur les enregistrements sonores produits entre 1946 et 1971 » (OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des États-Unis*, WT/DS42/2, 11 juin 1996).

¹⁴⁹⁴ OMC, *Acceptation par le Japon de la demande de participation aux consultations présentée par les États-Unis conformément à l'article 4:11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS42/3, 21 juin 1996.

408. Finalement, ces deux affaires WT/DS28 et WT/DS42 ont abouti à un règlement amiable. En effet, des modifications ont été apportées à la loi japonaise¹⁴⁹⁵. De ce fait, il n'existait donc aucune raison de poursuivre le processus prévu par les dispositions du Mémorandum d'accord pour des faits qui n'existeraient plus en Japon. Les parties de chaque affaire à savoir les États-Unis/Japon et les Communautés européennes/Japon, ont ainsi notifié respectivement à l'ORD, le 24 janvier 1997¹⁴⁹⁶ et 7 novembre 1997¹⁴⁹⁷, qu'elles étaient arrivées à une solution mutuellement convenue.

B. Le Pakistan

409. Il s'agit de la première affaire concernant l'Accord sur les ADPIC opposant un pays en développement à un pays développé, à savoir le Pakistan à la première puissance mondiale, les États-Unis. Dans leur demande de consultations, datée du 30 avril 1996, les États-Unis ont allégué que les lois pakistanaises ne prévoient pas de protection conférée par un brevet pour les inventions de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture, ni de systèmes conformes à l'article 70:8 et 9 de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁹⁸.

410. Il est vrai, qu'en tant que pays en développement, le Pakistan avait droit, aux termes des dispositions transitoires de l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC, de différer la nécessaire révision de son système de brevets pour le mettre en conformité avec l'article 27 dudit accord. Cependant, il était tenu, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (c'est-à-dire, le 1^{er} janvier 1995), de se conformer aux articles 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont fait valoir que l'absence au Pakistan de protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture ou de systèmes permettant de déposer des demandes de brevet et d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour ces produits, constituait une violation des articles 27, 65 et 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁵ Au sujet des modifications apportées à la Loi japonaise, voir *infra*, §468.

¹⁴⁹⁶ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS28/4, IP/D/1/Add.1, 5 février 1997.

¹⁴⁹⁷ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS42/4, IP/D/4/Add.1, 17 novembre 1997.

¹⁴⁹⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS36/1, IP/D/2, 6 mai 1996.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

411. Les consultations ont eu lieu le 30 mai 1996¹⁵⁰⁰. Durant ces consultations, le Pakistan avait assuré aux États-Unis, et aux Communautés européennes qui s'étaient jointes à eux¹⁵⁰¹, qu'il était déterminé à satisfaire aux obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC et que le Parlement devait prochainement voter une loi modifiant la Loi sur les brevets et les dessins et modèles et créant un système de « boîte aux lettres »¹⁵⁰².

412. Toutefois, aucune solution mutuellement satisfaisante n'a été trouvée au cours de ces consultations. Les États-Unis ont ainsi demandé le 3 juillet 1996, l'établissement d'un Groupe spécial pour examiner l'affaire¹⁵⁰³. Lors de sa réunion du 16 juillet 1996, l'ORD a examiné cette demande mais n'a pas établi de Groupe spécial car le Pakistan ne l'avait pas accepté¹⁵⁰⁴. Ce pays espérait, à vrai dire, que les consultations avec les États-Unis se poursuivent et que les informations fournis par écrit concernant le projet de loi modifiant la Loi sur les brevets et dessins et modèles (qui était en route pour l'adoption par le parlement), soient la preuve de la bonne foi du Pakistan¹⁵⁰⁵.

413. Finalement, lors de la réunion de l'ORD du 25 février 1997, le représentant des États-Unis a fait savoir aux Membres que « *la dernière main était en train d'être mise aux modalités du règlement* » concernant leur différend contre le Pakistan¹⁵⁰⁶. Le représentant du Pakistan a accueilli avec satisfaction la déclaration du représentant américain¹⁵⁰⁷. Le 28 février 1997, les États-Unis et le Pakistan ont notifié à l'ORD la solution mutuellement convenue¹⁵⁰⁸. Par celle-ci, les États-Unis renonçaient formellement de poursuivre en l'espèce le processus prévu par les dispositions du Mémorandum d'accord¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁰ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS36/3 4 juillet 1996. Rappelons que dans cette affaire, le Pakistan a demandé à ce que les consultations se déroulent à Islamabad plutôt qu'à Genève, mais, comme nous l'avons vu précédemment, les États-Unis ont refusé cette demande. Voir *supra*, § 225.

¹⁵⁰¹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des Communautés européennes*, WT/DS36/2, 28 mai 1996.

¹⁵⁰² ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 15 et 16 juillet 1996*, WT/DSB/M/21, 5 août 1996, p. 3 et 4.

¹⁵⁰³ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS36/3, 4 juillet 1996.

¹⁵⁰⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 15 et 16 juillet 1996*, WT/DSB/M/21, *op.cit.*, 1996, p. 4. Bien entendu, cette démarche ne fait que retarder l'établissement du Groupe spécial car conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, un Groupe spécial devait être établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivait celle à laquelle la demande avait été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour.

¹⁵⁰⁵ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 15 et 16 juillet 1996*, WT/DSB/M/21, *op.cit.*, p. 4.

¹⁵⁰⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 25 février 1997*, WT/DSB/M/29, 26 mars 1997, p. 19, §13.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS36/4, IP/D/2/Add.1, 7 mars 1997.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.2.

C. Le Brésil

414. Dans cette affaire, la plainte est d'origine américaine. Le 30 mai 2000, les États-Unis ont demandé l'ouverture des consultations avec le Brésil au sujet des dispositions de la Loi brésilienne sur la propriété industrielle (Loi n° 9279 du 14 mai 1996, entrée en vigueur en mai 1997) et d'autres mesures connexes, qui établissaient une prescription en matière d'« exploitation locale » à laquelle était subordonnée la jouissance des droits exclusifs conférés par un brevet et à laquelle il n'est possible de satisfaire que par la production locale, et non l'importation, de l'objet du brevet¹⁵¹⁰. Plus particulièrement, les États-Unis ont relevé que la prescription brésilienne en matière d'« exploitation locale » prévoyait qu'un brevet ferait l'objet d'une licence obligatoire si l'objet breveté n'était pas « exploité » sur le territoire du Brésil (l'article 68 de la Loi brésilienne sur les brevets). Ils ont relevé également que le Brésil définissait explicitement le « défaut d'exploitation » comme étant « la non-fabrication ou la fabrication incomplète du produit » ou « l'utilisation incomplète du procédé breveté ». Les États-Unis ont estimé qu'une telle prescription était incompatible avec les obligations découlant pour le Brésil des articles 27 et 28 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article III du GATT de 1994¹⁵¹¹.

415. Cependant, cette loi brésilienne a permis au Brésil de développer un programme public de lutte contre le sida, en produisant des médicaments génériques (en vertu de licence obligatoire) à des prix nettement inférieurs à ceux pratiqués par l'industrie pharmaceutique¹⁵¹². Environ 90 000 personnes pouvaient, en effet, bénéficier gratuitement de traitements contre le VIH au Brésil, et le taux de mortalité dû au sida y a été réduit de 50 %

¹⁵¹⁰ *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet*, WT/DS199/1, G/L/385, IP/D/23, 8 juin 2000.

¹⁵¹¹ *Ibid.* À ce propos, l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC indique que les Membres ont adopté des positions différentes sur la question de l'exploitation locale. Les pays en développement ont soutenu la clause de « l'exigence d'exploitation locale ». Mais d'autres délégations étaient en faveur d'une interdiction directe des clauses d'exploitation locale. Sur cette question, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, pp. 357- 358. Sur l'importance de la clause pour le développement industrielle des PED, voir A. Tankoano, « Nouveau droit des brevets des États membres de l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle, développement industriel et accès aux médicaments », *Revue Belge de Droit International*, 2005/1-2, pp.669-699.

¹⁵¹² P. Benkimoun, « Les États-Unis déposent plainte à l'OMC contre les médicaments génériques brésiliens », *Le Monde*, 5 février 2001. Pour plus de détails sur cette affaire, voir M.D. Varella, «The WTO, Intellectual Property and AIDS Case Studies from Brazil and South Africa», *The Journal of World Intellectual Property*, 2004, vol.7, issue 4, pp. 528-537 ; V. Munoz Tellez, «Dispute settlement under the TRIPS Agreement: the United States-Brazil (2000) and United States-Argentina (2002) patent disputes», in C. M.Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules , Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar, 2010, pp. 232-236 ; P. Champ & A. Attaran, «Patent Rights and Local Working Under the WTO TRIPS Agreement: an Analysis of the U.S.-Brazil Patent dispute», *Yale Journal of International Law*, Summer 2002, vol.27, p. 365.

selon l'association médicale Médecins sans frontières (MSF)¹⁵¹³. Selon le docteur Bernard Pécoul, coordinateur de la campagne MSF, la plainte américaine contre le Brésil est une menace contre le programme public de lutte contre le sida, elle « *intimidera également les pays qui auraient voulu profiter de l'offre faite par le Brésil de les aider à produire des médicaments moins chers* »¹⁵¹⁴.

416. Les États-Unis et le Brésil ont tenu des consultations à Genève le 29 juin 2000 et le 1^{er} décembre 2000 sans pouvoir parvenir à une solution mutuellement satisfaisante¹⁵¹⁵. Par conséquent, le 8 janvier 2001, les États-Unis ont demandé à l'ORD l'établissement d'un Groupe spécial¹⁵¹⁶. L'ORD a examiné cette demande à sa réunion du 19 janvier 2001, mais il n'a pas établi de Groupe spécial car le Brésil y a fait objection¹⁵¹⁷. En effet, le Brésil, n'était absolument pas d'accord avec les accusations des États-Unis selon lesquelles l'article 68 de la Loi sur la propriété industrielle était incompatible avec les articles 27:1 et 28:1 de l'Accord sur les ADPIC¹⁵¹⁸. Le Brésil était convaincu que cette loi était compatible avec l'Accord sur

¹⁵¹³ P. Benkimoun, « Les États-Unis déposent plainte à l'OMC contre les médicaments génériques brésiliens », *Le Monde*, 5 février 2001.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS199/3, 9 janvier 2001.

¹⁵¹⁶ *Ibid.* Dans cette demande les États-Unis ont allégué que l'article 68 de la Loi brésilienne de 1996 sur la propriété intellectuelle exerçait une discrimination à l'encontre des titulaires américains de brevets qui importent leurs produits au Brésil sans qu'ils y soient fabriqués. Selon les États-Unis, l'article 68 de la Loi brésilienne de 1996 sur la propriété intellectuelle (Loi n°9 279 du 14 mai 1996, entrée en vigueur en mai 1997) impose une prescription d'« exploitation locale » qui prévoit qu'une licence obligatoire sera délivrée si l'objet breveté n'est pas « exploité » sur le territoire du Brésil. Plus précisément, une licence obligatoire doit être délivrée pour un brevet si le produit breveté n'est pas fabriqué au Brésil ou si le procédé breveté n'est pas employé au Brésil. En outre, si le titulaire d'un brevet décide d'exploiter le brevet par le truchement de l'importation plutôt que par l'« exploitation locale », l'article 68 habilite alors d'autres personnes à importer soit le produit breveté, soit le produit obtenu à partir du procédé breveté. L'article 68 limite par ailleurs les droits exclusifs conférés à ces titulaires par leurs brevets. Ainsi, d'après les États-Unis, la prescription brésilienne d'exploitation locale serait incompatible avec les obligations qui sont faites au Brésil aux articles 27:1 et 28:1 de l'Accord sur les ADPIC. Selon eux, l'Accord sur les ADPIC interdit d'exercer une discrimination concernant la possibilité d'obtenir des brevets et la jouissance des droits conférés par les brevets qui est fonction de la question de savoir si les produits sont importés ou d'origine nationale. Cette obligation a pour effet d'interdire aux Membres de l'OMC de subordonner la jouissance des droits exclusifs conférés par un brevet à l'« exploitation locale », c'est-à-dire, à la production locale de l'invention brevetée (*ibid.*). Dans le rapport « Spécial 301 » de 2001, l'article 68 a été qualifié de mesure protectionniste destinée à créer des emplois pour les nationaux brésiliens. Voir le rapport Spécial 301 de 2001, p. 10, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ipophil.gov.ph/images/IPEnforcement/Special301Review/2001USTRSpecial301Report.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁵¹⁷ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 janvier 2001*, WT/DSB/M/97, 27 février 2001, p.10, § 27. Les États-Unis n'avaient pas le choix selon leur représentant que de poursuivre le Brésil devant le Groupe spécial tant qu'il n'avait pas d'accord. À ce propos, il faut savoir que les États-Unis et le Brésil ont une longue histoire sur leur désaccord dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle et particulièrement dans le domaine de la licence obligatoire. Le Brésil a même été frappé de mesures américaines au titre de la fameuse section 301 *Trade act* de 1974. Voir D. Shanker, "Brazil, the Pharmaceutical Industry and the WTO", *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, vol. 5, issue 1, p. 58 ; J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », *op.cit.*, p. 572.

¹⁵¹⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 janvier 2001*, WT/DSB/M/97, 27 février 2001, p.10, § 27.

les ADPIC et qu'elle figurait parmi les législations les plus avancées au monde en matière de propriété intellectuelle. Il a également estimé qu'en demandant l'établissement d'un Groupe spécial les États-Unis envoyaient un message négatif, allant à l'encontre du but recherché, aux autres pays en développement qui intégraient les prescriptions de l'Accord sur les ADPIC dans leur législation¹⁵¹⁹. Le Brésil a aussi déclaré qu'il avait eu des entretiens avec les États-Unis et s'étonnait d'ailleurs de la décision de demander l'établissement d'un Groupe spécial. Selon lui, de nouvelles consultations permettraient au Brésil de préciser les conditions de mise en œuvre, énoncées dans sa législation, et rassureraient les États-Unis quant à la pleine conformité de cette législation avec l'Accord sur les ADPIC¹⁵²⁰.

417. Cependant, les États-Unis étaient déterminés à poursuivre le processus de règlement des différends en redemandant à l'ORD l'établissement d'un Groupe spécial¹⁵²¹. Ainsi, conformément à la deuxième demande des États-Unis, l'ORD a établi à sa réunion du 1^{er} février 2001, un Groupe spécial pour examiner la compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC de l'article 68 de la Loi brésilienne sur la propriété industrielle¹⁵²². Comme il fallait s'y attendre, plusieurs Membres ont manifesté leur intérêt pour cette affaire en réservant leurs droits en tant que tierces parties pour la procédure du Groupe spécial (le Honduras, l'Inde, le Japon et la République dominicaine)¹⁵²³.

418. Finalement, l'affaire a été réglée à l'amiable. Le 5 juillet 2001, les parties au différend ont notifié à l'ORD qu'elles étaient arrivées à une solution mutuellement satisfaisante de la question¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 10-11 § 27.

¹⁵²⁰ *Idem.*, p. 10, § 27.

¹⁵²¹ Conformément à l'article 6:1 du Mémorandum d'accord.

¹⁵²² ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1er février 2001*, WT/DSB/M/98 20 mars 2001, p.18, §72. En réalité, la plainte des États-Unis à l'encontre du Brésil s'inscrit dans une stratégie à long terme. Ils voulaient en fait obtenir un rapport adopté de l'ORD et construire, ainsi, un précédent, donnant alors un signal fort au reste des pays et notamment aux PED qui adopteraient la même pratique. Cette conclusion est déduite de l'analyse faite par R. K. Burch, P.J.D. Smith & W.P. Wheatley, "Divergent Incentives to Protect Intellectual Property A Political Economy Analysis of North-South Welfare", *op.cit.*, p.187. Dans le même ordre d'idée, Daya Shanker note que : " *The U.S. action appears to be part of a strategy to test the provisions of TRIPS through use of the dispute settlement mechanism. This not only conveys its displeasure over certain practices adopted by developing countries in relation to intellectual property and patents but also tests the boundaries of the TRIPS Agreement through case-law developed through the dispute settlement mechanisms*" (D. Shanker, "Brazil, the Pharmaceutical Industry and the WTO", *op.cit.*, p.99).

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS199/4, G/L/454, IP/D/23/Add.1, 19 juillet 2001. Si on se réjouit que le différend se soit réglé à l'amiable entre les différentes parties, la vaste question de la flexibilité de l'Accord sur les ADPIC et la question plus restreinte de la légalité des prescriptions d'exploitation locale sont demeurées sans réponse. D'un côté, les États-Unis qui alléguaient une violation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux brevets, fondée sur une obligation illicite à leurs yeux d'exploitation locale et, de l'autre côté, le Brésil qui soutient que son exigence d'« exploitation locale » était nécessaire pour permettre un accès aux médicaments, compte tenu en particulier de la menace que représentait le VIH/SIDA pour le pays. Si un Groupe spécial futur devrait traiter cette question, l'article 27:1 de

419. La notification de cette solution contient des éléments de réponses importantes quant à la question de savoir comment et dans quelle condition cet accord a été obtenu. Plus exactement, les réponses se trouvent dans le texte joint à ladite notification qui contient l'échange de lettres des 19 et 25 juin 2001 sur cette question litigieuse entre M. José Alfredo Graça Lima (Sous-Secrétaire général aux questions concernant l'intégration, l'économie et le commerce extérieur) et M. l'Ambassadeur Peter Allgeier (Représentant adjoint des États-Unis pour les questions commerciales internationales). En effet, dans la lettre adressée par M. José Alfredo Graça Lima à M. l'Ambassadeur Peter Allgeier, datée du 19 juin 2001, il est indiqué que « *si les États-Unis retiraient la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'OMC qu'ils ont présentée à l'encontre du Brésil concernant l'interprétation de l'article 68, le gouvernement brésilien accepterait, au cas où il jugerait nécessaire d'appliquer l'article 68 afin de délivrer une licence obligatoire pour des brevets détenus par des sociétés américaines, d'avoir avec le gouvernement des États-Unis des entretiens préalables sur la question. Ces entretiens auraient lieu dans le cadre du mécanisme de consultation entre les États-Unis et le Brésil, lors d'une séance extraordinaire qui serait tenue pour discuter de la question* »¹⁵²⁵. Par une lettre datée du 25 juin 2001, le représentant adjoint des États-Unis pour les questions commerciales internationales M. Peter F. Allgeier a répondu favorablement à la proposition de M. José Alfredo Graça Lima. Selon ses termes, « *votre lettre transmettait une proposition qui devrait permettre d'arriver à une telle solution. Je suis heureux de vous faire savoir que le gouvernement des États-Unis acceptera de mettre fin à la procédure de groupe spécial de l'OMC sans préjudice de l'interprétation de l'article 68, sur la base de l'engagement que prendra le gouvernement brésilien d'avoir des entretiens préalables avec les États-Unis en les en informant suffisamment à l'avance de façon à permettre des discussions constructives lors d'une séance spéciale qui se tiendrait dans le cadre du mécanisme de consultation entre les États-Unis et le Brésil, au cas où ce dernier jugerait nécessaire d'appliquer l'article 68 afin de délivrer une licence obligatoire pour des brevets détenus par des sociétés américaines* »¹⁵²⁶.

420. Par ailleurs, on pense que cet arrangement amiable a aussi été facilité par une série d'événements qui ont plus ou moins influencé la décision américaine à renoncer de

l'Accord sur les ADPIC interdit d'imposer au détenteur du brevet une obligation d'exploitation et exclurait les licences obligatoires pour faute d'exploitation. Mais, selon certains auteurs, cet article devrait être interprété conformément aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC, c'est-à-dire, avec les objectifs et principes dudit accord. Voir A.-E. Kahn, « Les licences obligatoires », *op.cit.*, pp. 231-232.

¹⁵²⁵ Le texte de la lettre ci-mentionné est joint au document : OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet, WT/DS199/4, G/L/454, IP/D/23/Add.1, 19 juillet 2001, p. 2.*

¹⁵²⁶ *Ibid.*

poursuivre le processus de règlement des différends de l'OMC dans cette affaire. Essentiellement, il y a d'abord, la mobilisation des ONG (comme *Médecins sans Frontières* et *Oxfam*) et de l'opinion publique internationale à la cause brésilienne¹⁵²⁷. Il en est de même pour certaines instances internationales, telle que l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)¹⁵²⁸. Il y a aussi le retrait en mai 2001 d'une plainte des 39 laboratoires de l'industrie pharmaceutique contre la loi sud-africaine qui permettait la fabrication de médicaments génériques pour lutter contre le sida¹⁵²⁹. On peut également citer la plainte brésilienne, portée ultérieurement à l'encontre des États-Unis, au sujet de leur Code des Brevets (WT/DS224)¹⁵³⁰, qui a joué un rôle pour contraindre les États-Unis à convenir d'une solution à l'amiable. Comme le souligne M. Frederick Abbott, "*act of withdrawal by the United States might suggest that there is some value in seeking to identify TRIPS-inconsistent provisions of the law of a complaining Member as a responsive tactic*"¹⁵³¹.

D. L'Argentine

421. L'Argentine a fait l'objet de deux plaintes provenant des États-Unis. La première plainte a porté sur la *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS171) (1). La deuxième plainte touche *certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais* (WT/DS196) (2).

¹⁵²⁷ « Guerre des brevets - Comment le Brésil résiste aux États-Unis », *Vigie Médecine, Agence pour la Diffusion de l'Information Technologique*, 1^{er} février 2002. En janvier 2000, un reportage du New York Times fait sensation en présentant le modèle brésilien de traitement du sida et en critiquant ouvertement la position américaine, soupçonnée d'être dictée par les lobbies. L'économiste Jeffery Sachs, de Harvard, démontre de son côté que les entreprises pharmaceutiques reçoivent 10.000 \$ pour chaque patient traité et par année alors qu'elles ne dépensent pas plus de 500 \$ en frais de recherche. L'argumentaire des entreprises pharmaceutiques justifiant des prix de vente élevés pour financer la recherche ne tient donc plus (*ibid*).

¹⁵²⁸ Cette organisation a en effet approuvé à l'unanimité la politique du Brésil, suivie par le Comité des droits de l'homme de l'ONU. En effet, malgré l'opposition des États-Unis, l'accès aux médicaments a été reconnu comme un droit humain. Voir « Guerre des brevets - Comment le Brésil résiste aux États-Unis », *Vigie Médecine, Agence pour la Diffusion de l'Information Technologique*, 1^{er} février 2002.

¹⁵²⁹ N. Halpern, « Les laboratoires perdent une manche dans la bataille des génériques », *Les Echos*, 20 avril 2001. Ces événements ont même débouché ensuite sur une importante négociation sur l'accès aux médicaments pour les grandes maladies qui a conduit à la *Déclaration de Doha* puis à la Décision du 30 août 2003. Ces événements seront exposés en détails, voir *infra*, §676.

¹⁵³⁰ Voir *infra*, § 452 et s.

¹⁵³¹ F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.14 TRIPS, op.cit.*, p. 39.

1. Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS171)

422. C'est la première plainte américaine dirigée à l'encontre de l'Argentine. Les États-Unis ont demandé, le 6 mai 1999, l'ouverture de consultations avec l'Argentine au sujet : 1) de l'absence de protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques ou de système efficace permettant d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour ces produits¹⁵³² ; et 2) du manquement de l'Argentine, qui n'a pas fait en sorte que les modifications apportées à ses lois, réglementations et pratiques pendant la période de transition prévue à l'article 65:2 de l'Accord sur les ADPIC n'aient pas pour effet de rendre celles-ci moins compatibles avec les dispositions dudit accord¹⁵³³.

423. Conformément au paragraphe 11 de l'article 4 du Mémorandum d'accord, la Suisse fait savoir qu'elle désire participer aux consultations demandées par les États-Unis. La Suisse estime qu'elle a un intérêt commercial substantiel dans ces consultations. En 1998, ses exportations à destination de l'Argentine se sont chiffrées à 150 millions de francs suisses pour les produits chimiques et à 50 millions de francs suisses pour les produits pharmaceutiques¹⁵³⁴.

¹⁵³² OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS171/1, IP/D/18, 10 mai 1999. Plus précisément, les États-Unis ont fait valoir que l'Accord sur les ADPIC n'autorisait pas les Membres de l'OMC à permettre à des tierces parties de commercialiser des produits faisant l'objet de droits exclusifs de commercialisation sans le consentement du détenteur du droit. Selon eux, la loi argentine ne prévoit pas de protection conférée par un brevet pour les inventions de produits pharmaceutiques, ni de système conforme à l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC pour l'octroi de droits exclusifs de commercialisation. Le régime juridique argentin leur paraît donc incompatible avec les articles 27, 65 et 70 de cet accord (*ibid*, p.1)

¹⁵³³ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS171/1, IP/D/18, 10 mai 1999. Sur ce second point, les États-Unis ont fait valoir qu'avant août 1998 l'Argentine accordait une protection de dix ans contre l'exploitation déloyale dans le commerce de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées communiquées aux autorités argentines chargées de la réglementation à l'appui de demandes d'approbation de la commercialisation de produits chimiques pour l'agriculture. Ils ont allégué en outre que, depuis la publication en 1998 du Règlement n°440/98 qui, entre autres, abrogeait les règlements antérieurs, l'Argentine n'a accordé aucune protection effective contre l'exploitation déloyale dans le commerce de telles données. Les États-Unis ont donc estimé que le régime juridique argentin était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 65:5 de l'Accord sur les ADPIC, en ce sens que les modifications que l'Argentine a apportées à ses lois, réglementations ou pratiques pendant la période de transition ont eu pour effet de rendre celles-ci moins compatibles avec les dispositions de l'article 39:3 dudit accord (*ibid*, pp.1-2). Sur l'histoire de ce conflit et les tentatives américaines pour contraindre la protection par brevet en Argentine, voir Kimberly A. Czub, "Argentina's Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of The Underlying Conflicts Between Developing Countries, TRIPS Standards, and the United States", op.cit., *Case Western Reserve Journal of International Law*, Spring 2001, vol.33, issue 2, pp. 191-231, en ligne : <http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1475&context=jil> (consulté le 26 janvier 2017).

¹⁵³⁴ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication de la Suisse*, WT/DS171/2, 26 mai 1999.

424. Mais finalement, le 31 mai 2002, les États-Unis et l'Argentine ont notifié à l'ORD qu'ils étaient arrivés à une solution mutuellement convenue¹⁵³⁵.

2. Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais (WT/DS196)

425. C'est la deuxième plainte des États-Unis contre l'Argentine. Le 30 mai 2000, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec l'Argentine au sujet des questions ci-après se rapportant au régime juridique argentin concernant les brevets, défini dans la Loi n° 24.481 (modifiée par la Loi n°24.572), la Loi n°24.603 et le Décret n°260/96, et le régime régissant la protection des données défini dans la Loi n° 24.766 et le Règlement n° 440/98, ainsi que par d'autres mesures connexes. Les États-Unis estimaient que l'Argentine¹⁵³⁶ :

- ne protégeait pas contre l'exploitation déloyale dans le commerce les données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, lesquelles devaient être présentées pour obtenir l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture ;
- excluait à tort certains objets, y compris les micro-organismes, de la brevetabilité ;
- ne prévoyait pas de mesures provisoires rapides et efficaces, telles que des injonctions provisoires, pour empêcher que des actes portant atteinte à des droits de brevet ne soient commis ;
- refusait d'accorder certains droits exclusifs en matière de brevets, tels que la protection des produits fabriqués selon des procédés brevetés et le droit d'importation ;
- n'offrait pas de sauvegardes pour l'octroi des licences obligatoires, y compris en ce qui concerne les délais et la justification des licences obligatoires délivrées en cas d'exploitation insuffisante ;
- limitait indûment le pouvoir de ses autorités judiciaires de renverser la charge de la preuve dans les procédures civiles concernant l'atteinte aux droits conférés par un brevet de procédé ;
- limitait de façon inacceptable l'octroi de certains brevets transitoires de manière à réduire les droits exclusifs qu'ils confèrent et à priver un détenteur de la possibilité de modifier les

¹⁵³⁵ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord conformément aux conditions énoncées dans l'accord*, WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, 20 juin 2002.

¹⁵³⁶ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS196/1, IP/D/22, 6 juin 2000.

demandes en suspens en vue de réclamer une protection accrue au titre des dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

426. Ainsi, d'après les États-Unis, les régimes juridiques de l'Argentine relatifs aux brevets et à la protection des données seraient incompatibles avec les obligations qui incombent à ce pays au titre de l'Accord sur les ADPIC, y compris les articles 27, 28, 31, 34, 39, 50, 62, 65 et 70¹⁵³⁷. Les communautés européennes¹⁵³⁸ comme la Suisse¹⁵³⁹ ont fait la demande de participation aux consultations présentées par les États-Unis.

427. Finalement, l'affaire a fait l'objet d'un règlement amiable notifié à l'ORD le 31 mai 2002¹⁵⁴⁰.

E. L'Europe

428. Comme le montre le tableau n°8 ci-dessus, l'Europe a trouvé un règlement amiable avec les États-Unis dans les sept plaintes que ces derniers ont porté à son encontre et qui se rapportaient sur quatre questions distinctes. Les paragraphes qui suivent décrivent successivement l'historique de chaque affaire impliquant le Portugal (1), l'Irlande (2), le Danemark (3) et les Communautés européennes (4).

1. Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37)

429. Dans cette affaire, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultation avec le Portugal au sujet de la durée des brevets dans ce pays¹⁵⁴¹. Ces derniers estimaient que la durée de protection prévue par la Loi portugaise sur la propriété industrielle pour les brevets existants était incompatible avec les obligations de l'Accord sur les ADPIC, entre autres, celles qui sont énoncées aux articles 33, 65 et 70 dudit accord¹⁵⁴².

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des Communautés européennes*, WT/DS196/2, 20 juin 2000.

¹⁵³⁹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication de la Suisse*, WT/DS196 /3, 21 juin 2000.

¹⁵⁴⁰ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord conformément aux conditions énoncées dans l'accord*, WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, 20 juin 2002. Sur les modalités de cet accord amiable, voir *infra*, § 477 et s.

¹⁵⁴¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS37/1, IP/D/3, 6 mai 1996.

¹⁵⁴² *Ibid.*

430. Finalement, cette affaire s'était toutefois conclue par un règlement amiable. Dans un document commun, les États-Unis et le Portugal ont notifié à l'ORD, le 3 octobre 1996, qu'ils étaient arrivés à une solution mutuellement convenue¹⁵⁴³. Par celle-ci, les États-Unis ont formellement renoncé de poursuivre le Portugal étant donné que ce dernier a apporté les modifications nécessaires à sa loi concernant la mesure contestée¹⁵⁴⁴.

2. Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)

431. Il s'agit de deux plaintes initiées par les États-Unis contre respectivement l'Irlande (WT/DS82) et les Communautés européennes (WT/DS115) au sujet de la même mesure, à savoir la protection des droits des auteurs et des droits voisins dans la législation irlandaise.

432. Les États-Unis ont d'abord dirigé leur plainte à l'encontre de l'Irlande. Dans leur demande d'ouverture de consultations avec l'Irlande, datée le 14 mai 1997, les États-Unis soutenaient que la législation irlandaise n'assurait pas la protection du droit d'auteur et des droits voisins. Ils estimaient que l'Irlande contrevenait de ce fait aux obligations lui incombant au titre des articles 9 à 14, 63, 65 et 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁵⁴⁵.

433. Quelques mois après, précisément le 6 janvier 1998, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes concernant des mesures similaires à celles visées dans leur différend avec l'Irlande¹⁵⁴⁶. Ainsi, des consultations ont eu lieu avec l'Irlande (les 30 mai et 21 novembre 1997) et avec les Communautés européennes (le 9 janvier 1998), mais elles n'avaient pas abouti à une solution mutuellement satisfaisante¹⁵⁴⁷. Compte tenu de l'importance fondamentale de cette question, le 9 janvier 1998, les États-Unis ont demandé à l'ORD l'établissement d'un Groupe spécial pour examiner les deux plaintes qu'ils ont formulées contre l'Irlande et les Communautés

¹⁵⁴³ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS37/2, IP/D/3/Add.1, 8 octobre 1996. C'est d'ailleurs la seule affaire qui a abouti à la notification d'une solution mutuellement convenue par un État membre sans l'intervention de la Commission européenne. Voir, *infra*, §486 et s.

¹⁵⁴⁴ Au sujet des modifications apportées, voir *infra*, §483 et s.

¹⁵⁴⁵ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS82/1, IP/D/8, 22 mai 1997.

¹⁵⁴⁶ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS115/1, IP/D/12, 12 janvier 1998.

¹⁵⁴⁷ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS82/2, 12 janvier 1998, p. 2 ; OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS115/2, 12 janvier 1998, p. 2.

européennes au sujet du régime juridique irlandais de protection du droit d'auteur et des droits voisins¹⁵⁴⁸.

434. Lors de la réunion de l'ORD, tenue le 22 janvier 1998, dans le contexte d'examen de la demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les États-Unis, ces derniers ont déclaré que « *depuis le 1^{er} janvier 1996, les pays développés Membres de l'OMC étaient tenus de se conformer aux obligations qui découlaient pour eux de l'Accord sur les ADPIC. L'Irlande et les Communautés avaient dépassé depuis plus de deux ans la date de mise en œuvre de ces obligations. Faute d'une protection suffisante et efficace de la propriété intellectuelle en Irlande, les titulaires de droits d'auteur aux États-Unis avaient subi d'importants préjudices économiques* ». Les États-Unis ont également déclaré qu'ils « *étaient sensibles aux efforts actuellement déployés par l'Irlande pour mettre son régime juridique en conformité avec l'Accord sur les ADPIC, mais ils étaient préoccupés par le calendrier prévu à cette fin* ». Selon eux, « *ce calendrier ne tenait pas compte de la nécessité de respecter sans tarder l'Accord. Les Membres ne pouvaient mettre en œuvre à leur propre rythme les obligations qu'ils avaient contractées dans le cadre de l'OMC. Il était essentiel qu'ils se conforment tous entièrement aux obligations qui découlaient pour eux de l'Accord sur les ADPIC* »¹⁵⁴⁹. Les Communautés européennes quant à elles ont déclaré qu'elles avaient besoin de plus de temps pour discuter de la question avec les États-Unis, de sorte qu'elles n'étaient pas en mesure d'accepter à cette réunion la demande d'établissement d'un Groupe spécial¹⁵⁵⁰.

435. Finalement, les deux affaires ont été réglées sans passer devant le Groupe spécial. Les États-Unis, l'Irlande et les Communautés européennes ont, en effet, notifié à l'ORD, le 6 novembre 2000, dans un document unique qu'ils sont arrivés à une solution mutuellement satisfaisante¹⁵⁵¹.

3. Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83) et Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86)

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 janvier 1998*, WT/DSB/M/41, 26 février 1998, p.5.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)*, WT/DS82/3, WT/DS115/3, IP/D/8/Add.1, IP/D/12/Add.1, 13 septembre 2002.

436. Le Danemark comme la Suède ont été la cible de plaintes américaines au sujet des mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

437. Les États-Unis ont dirigé leur plainte en premier contre le Danemark. En effet, le 14 mai 1997, les États-Unis ont présenté leur demande de consultations au motif que le Danemark ne prévoyait pas la possibilité d'appliquer des mesures provisoires dans le contexte des procédures civiles concernant des droits de propriété intellectuelle. Ils estimaient que la législation du Danemark serait manifestement incompatible avec les obligations que l'Accord sur les ADPIC impose à ce pays, notamment celles qui sont énoncées aux articles 50, 63 et 65 dudit accord¹⁵⁵².

438. Quelques jours après, le 28 mai 1997, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec la Suède concernant des mesures similaires à celles visées dans leur différend avec le Danemark¹⁵⁵³. Les États-Unis ont fait valoir le fait que la Suède ne prévoyait pas la possibilité d'appliquer des mesures provisoires dans le contexte des procédures civiles concernant les droits de propriété intellectuelle. Ils estimaient que la Suède contrevenait, ainsi, aux obligations qui lui incombent au titre des articles 50, 63 et 65 de l'Accord sur les ADPIC¹⁵⁵⁴. En réalité, cette accusation est d'origine privée, émanant particulièrement de l'industrie du logiciel, à travers la Business Software Alliance (BSA) et la Chambre de commerce internationale¹⁵⁵⁵. Cette plainte a été perçue dans les Communautés européennes comme une tentative de créer un environnement juridique favorable aux intérêts américains¹⁵⁵⁶.

439. Finalement, suite aux modifications apportées à la législation danoise et suédoise, les parties des deux différends WT/DS83 et WT/DS86 ont notifié respectivement à l'ORD, le 7 juin 2001 et le 2 décembre 1998, qu'elles étaient parvenues à une solution mutuellement satisfaisante pour régler cette question¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS83/1, IP/D/9, 21 mai 1997.

¹⁵⁵³ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS86/1, IP/D/10, 2 juin 1997.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵⁵ D. Matthews, "Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights: Will The Uruguay Round Consensus Hold?", *op.cit.*, p.16.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS83/2, IP/D/9/Add.1, 13 juin 2001; *notification de la solution convenue d'un commun accord, Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS86/2, IP/D/10/Add.1, 11 décembre 1998. Il importe de noter que, si les demandes de consultations ont été adressées directement et exclusivement au Danemark et à la Suède, la Commission s'est pleinement impliquée dans les négociations. À ce sujet, voir *supra*, §71.

4. Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124) et Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125)

440. Il s'agit de deux plaintes des États-Unis, l'une contre les Communautés européennes et l'autre contre la Grèce. Dans une communication du 30 avril 1998, les États-Unis ont d'abord demandé l'ouverture des consultations avec les Communautés européennes au sujet des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle en Grèce¹⁵⁵⁸. Quatre jours plus tard, le 4 mai 1998, la même demande de consultations a été adressée à la Grèce¹⁵⁵⁹. Dans leurs demandes, les États-Unis alléguaient qu'« en Grèce, un grand nombre de stations de télévision diffusent régulièrement des films et programmes de télévision protégés par le droit d'auteur, sans l'autorisation des titulaires du droit »¹⁵⁶⁰. D'après les États-Unis, il apparaissait que la Grèce ne prévoyait ni n'appliquait de mesures correctives efficaces en cas d'atteintes au droit d'auteur pour ce qui est de ces diffusions non autorisées. Selon eux, cette situation a porté atteinte à maintes reprises, et continue de porter atteinte, à des droits détenus par des ressortissants des États-Unis, malgré les efforts faits par ces détenteurs pour prévenir ces atteintes et faire valoir leurs droits en Grèce. Les États-Unis estimaient qu'il y avait violation des articles 41 et 61 de l'Accord sur les ADPIC¹⁵⁶¹.

441. Pour les États-Unis, la question abordée dans ce différend est très importante. Le secteur des droits d'auteur, qui inclut les programmes télévisés jusqu'aux logiciels informatiques, fait partie, en effet, des secteurs d'activités qui s'exportent le mieux aux États-Unis après l'automobile et l'agriculture. En 1995, les ventes étrangères de matériel américain soumis aux droits d'auteur ont représenté une valeur de 53,3 milliards de dollars¹⁵⁶².

442. Finalement, ce laborieux différend commercial sur le piratage audiovisuel contre l'Union européenne et la Grèce a pu être réglé à l'amiable avec les États-Unis¹⁵⁶³. Le

¹⁵⁵⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/1, IP/D/13, 7 mai 1998.

¹⁵⁵⁹ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS125/1, IP/D/14, 7 mai 1998.

¹⁵⁶⁰ Voir les demandes précitées de consultations présentées par les États-Unis dans les affaires WT/DS124 et WT/DS125.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² EIS, « Pression sur les retardataires en matière de droits d'auteur », *Europolitique*, 21 mai 1997.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

20 mars 2001, les parties au différend ont notifié à l'ORD qu'elles étaient arrivées à une solution mutuellement satisfaisante de la question¹⁵⁶⁴.

§2. Les affaires présumées réglées à l'amiable ou abandonnées

443. Selon les informations fournies par le site officiel de l'OMC, sur les 34 affaires portées à l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC, 6 se trouvent à ce jour dans un état inactif. Sur ces 6 affaires, 5 sont dans cet état depuis la date de la présentation de la demande d'ouverture des consultations tandis que la dernière l'est, depuis une entente sous la forme d'un mémorandum d'accord entre les parties au différend¹⁵⁶⁵. En effet, depuis, il n'y a eu aucune nouvelle concernant l'état de ces différends, c'est-à-dire qu'aucune solution mutuellement convenue n'a été notifiée officiellement à l'ORD, ni aucune action formelle de poursuite de procédure de règlement des différends au titre du Mémorandum d'accord. Par conséquent, en raison du nombre d'années écoulées, on présume que ces différends ont été réglés à l'amiable¹⁵⁶⁶ ou simplement abandonnés¹⁵⁶⁷.

444. Les six affaires se trouvant dans cette hypothèse sont mentionnées dans le tableau n°9 suivant et elles concernent précisément cinq questions distinctes.

Tableau n°9 : Les différends relatifs aux ADPIC à l'état inactif (6 cas)

Défendeur, titre de la mesure en cause et numéro de l'affaire	plaignant	État inactif du différend (présomption règlement amiable ou abandon)
<i>Communautés</i>	Canada	Inactif depuis la date de demande

¹⁵⁶⁴ À ce propos, il importe d'observer que cette solution fut notifiée dans deux documents distincts, bien que leur contenu ait été identique. S'agissant de la Communauté européenne, voir la notification de la solution convenue d'un commun accord, W/DS124/2, IP/D/13/Add.1, 26 mars 2001; quant à la Grèce voir la notification de la solution convenue d'un commun accord, WT/DS125 /2, IP/D/14/Add.1, 26 mars 2001.

¹⁵⁶⁵ Il s'agit de l'affaire : *Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières* (WT/DS372).

¹⁵⁶⁶ Il se peut, en effet, que les parties au différend trouvent un accord amiable concernant les questions litigieuses, mais ils ne le notifient pas à l'ORD comme l'exige l'article 3:6 du Mémorandum d'accord. Pour certains auteurs, ce choix peut être délibéré car les parties à un différend ne sont, parfois, pas certaines, de la conformité de leur solution amiable avec les règles de l'OMC (comme l'exige l'article 3:5 de l'Accord sur les ADPIC) et ne veulent donc pas dévoiler la teneur de cet accord, voire la simple existence d'un accord. Voir H. Ruiz fabri et P. Monnier, « Organisation Mondiale du Commerce .Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *Journal du Droit International*, 2010, n°3, p. 917.

¹⁵⁶⁷ De manière générale, après un nombre d'années écoulées depuis la demande d'ouverture des consultations, il est présumé dans la pratique que les différends en question portés devant l'ORD sont réglés à l'amiable ou simplement abandonnés. C'est la supposition formulée par un certain nombre d'auteurs. Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Panorama du règlement des différends », *Juris-Classeur Droit international*, 1998, fasc130-15, p. 2, §2 ; C. Charlier et M. Rainelli, « Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le cas des Etats-Unis », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009, n°3, p. 264.

<i>européennes — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS153)</i>		de consultation le 2 décembre 1998
<i>Etats-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives (WT/DS186)</i>	Communautés européennes	Inactif depuis la demande de consultation le 12 janvier 2000
<i>Etats-Unis — Code des brevets des États-Unis (WT/DS224)</i>	Brésil	Inactif depuis la demande de consultation le 31 janvier 2001
<i>Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit (WT/DS408)</i>	Inde	Inactif depuis la demande de consultation le 11 mai 2010
<i>Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit (WT/DS409)</i>	Brésil	Inactif depuis la demande de consultation le 12 mai 2010
<i>Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières (WT/DS372)</i>	Communautés européennes	Inactif depuis l'entente sous la forme d'un mémorandum d'accord entre les parties au différend le 4 décembre 2008

Source : Liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC

A. Communautés européennes — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS153)

445. Il s'agit d'une plainte portée par le Canada contre les Communautés européennes. Ce dernier a demandé, le 2 décembre 1998, l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes au sujet de la protection des inventions dans le domaine des produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture au titre des dispositions pertinentes de la législation des Communautés européennes – (en particulier le Règlement (CEE) n°1768/92 du Conseil et le Règlement (CE) n°1610/96 du Parlement européen et du

Conseil) – en relation avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁵⁶⁸. Le Canada estimait qu'en vertu des Règlements susmentionnés un système de prolongation des brevets, qui était limité aux produits pharmaceutiques et aux produits chimiques pour l'agriculture, avait été mis en œuvre. De l'avis du Canada, les Règlements (CEE) n° 1768/92 et (CE) n° 1610/96 sont incompatibles avec les obligations qui incombent aux CE de ne pas opérer de discrimination sur la base du domaine technologique, comme le prévoit l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, étant donné qu'ils ne s'appliquent qu'aux produits pharmaceutiques et aux produits chimiques pour l'agriculture¹⁵⁶⁹.

446. Par des communications, datées du 17 décembre 1998, les États-Unis¹⁵⁷⁰, l'Australie¹⁵⁷¹ et la Suisse¹⁵⁷², ont notifié à l'ORD leurs désirs de participer aux consultations demandées par le Canada.

447. Toutefois, depuis la présentation de la demande de consultations en décembre 1998, le Canada n'a donné aucune suite formelle à la procédure de règlement des différends de l'OMC. En réalité, la plainte du Canada n'est, en effet, qu'« un échange de balle » entre ce pays et les Communautés européennes¹⁵⁷³, car la plainte canadienne intervient après celle introduite par les Communautés européennes, le 19 décembre 1997, à son encontre au sujet de la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (WT/DS114)¹⁵⁷⁴. Le

¹⁵⁶⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par le Canada, Communautés européennes — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS153/1, IP/D/15, G/L/283, 7 décembre 1998.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des États-Unis*, WT/DS153/2, 21 décembre 1998. Les États-Unis ont souligné qu'ils ont un intérêt commercial substantiel sur le marché affecté par le régime appliqué par les Communautés européennes en matière de brevets dont il est question dans la demande du Canada. En 1997, leurs exportations de produits pharmaceutiques à destination des Communautés européennes se sont chiffrées à 3 044 millions de dollars EU et leurs importations de ces produits en provenance des Communautés européennes à 4 632 millions de dollars EU (*ibid.*).

¹⁵⁷¹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication de l'Australie*, WT/DS153/3, 5 janvier 1999. L'Australie a souligné qu'elle a un intérêt commercial substantiel en ce qui concerne la protection des inventions pharmaceutiques et des inventions chimiques pour l'agriculture dont il est question dans la demande du gouvernement canadien. En 1997, ses exportations de produits chimiques et de produits connexes se sont chiffrées à 3,2 milliards de dollars australiens, dont 1,1 milliard pour les produits pharmaceutiques et les médicaments. Parmi ces exportations, les produits exportés vers l'UE ont représenté 344 millions de dollars australiens et les produits exportés vers le Canada 29 millions de dollars australiens (*ibid.*).

¹⁵⁷² OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication de la Suisse*, WT/DS153/4, 5 janvier 1999.

¹⁵⁷³ « Échange de balles à l'OMC au sujet de l'industrie pharmaceutique », *Europolitique*, 9 décembre 1998.

¹⁵⁷⁴ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, WT/DS114/1, IP/D/11, G/L/221, 12 janvier 1998. Cette affaire a donné lieu par la suite à un rapport du Groupe spécial, voir *infra*, § 520 et s.

Canada a donc répondu à son tour par le dépôt d'une plainte à l'encontre des Communautés européennes, comme une sorte de réponse du berger à la bergère¹⁵⁷⁵.

B. États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives (WT/DS186)

448. Le 12 janvier 2000, les Communautés européennes ont en effet demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au sujet de l'article 337 de la Loi douanière des États-Unis (19 U.S.C. § 1337) et le Code de pratique et de procédure de la Commission du commerce international s'y rapportant, lequel figure dans le chapitre II du Titre 19 du Code des réglementations fédérales des États-Unis¹⁵⁷⁶.

449. D'après les Communautés européennes, l'article 337 de la Loi douanière des États-Unis a déjà été examiné par deux Groupes spéciaux dans le cadre du GATT, le second ayant constaté en 1989 que d'importants aspects de cet article contrevenaient à l'obligation d'accorder le traitement national aux marchandises importées énoncée à l'article III du GATT. L'article 337 a été modifié par la Loi des États-Unis de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay, l'objectif étant de mettre le texte de la loi en conformité avec les constatations du Groupe spécial du GATT. Or, la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay n'a pas permis d'atteindre cet objectif. Sous sa forme actuelle, l'article 337 n'élimine pas les principales incompatibilités avec le GATT relevées par le Groupe spécial du GATT de 1989 et viole encore plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Plus précisément, les articles 2 (pris conjointement avec l'article 2 de la Convention de Paris), 3, 9 (pris conjointement avec l'article 5 de la Convention de Berne), 27, 41, 42, 49, 50 et 51 de l'Accord sur les ADPIC¹⁵⁷⁷.

450. Le Canada et le Japon ont notifié leurs désirs de participer à ces consultations respectivement le 26 janvier 2000¹⁵⁷⁸ et le 28 janvier 2000¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁵ M.-C. Piatti, « OMC et droit mondial de la propriété intellectuelle », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 32.

¹⁵⁷⁶ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes et leurs États membres, États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives*, WT/DS186/1, IP/D/21, 18 janvier 2000.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication du Canada*, WT/DS186/2, 1^{er} février 2000.

¹⁵⁷⁹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication du Japon*, WT/DS186/3, 1^{er} février 2000.

451. Toutefois, cette affaire n'a donné lieu depuis à aucune suite formelle, c'est-à-dire, ni accord amiable notifié officiellement à l'ORD, ni poursuite formelle du processus de règlement des différends de l'OMC.

C. États-Unis — Code des brevets des États-Unis (WT/DS224)

452. La plainte a été introduite par le Brésil. C'est d'ailleurs le premier différend relatif aux ADPIC dans lequel un pays en voie de développement a joué le rôle de plaignant.

453. Le 31 janvier 2001, le Brésil a, en effet, demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au sujet des dispositions du Code des brevets de ce pays. D'après le Brésil, ce Code contient plusieurs éléments discriminatoires¹⁵⁸⁰. Il a relevé, par exemple, que le Code des brevets des États-Unis dispose que ni les petites entreprises, ni les organisations sans but lucratif ni leurs cessionnaires, ayant obtenu les droits sur une invention sujette, ne peuvent concéder à quelque personne que ce soit le droit exclusif d'utiliser ou de vendre aux États-Unis une telle invention, sauf si cette personne convient que les produits contenant l'invention sujette ou fabriqués grâce à l'utilisation de celle-ci seront fabriqués dans une mesure substantielle aux États-Unis. En outre, tout accord de financement conclu avec une petite entreprise ou une organisation sans but lucratif doit contenir des dispositions appropriées pour être conforme à la prescription susmentionnée¹⁵⁸¹. Le Brésil a également relevé que le Code des brevets impose également des restrictions législatives selon lesquelles le droit d'utiliser ou de vendre aux États-Unis une invention appartenant au gouvernement fédéral n'est concédé qu'à un preneur de licence qui convient que les produits contenant l'invention sujette ou fabriqués grâce à l'utilisation de celle-ci seront fabriqués dans une mesure substantielle aux États-Unis¹⁵⁸².

454. Dans sa demande de consultations, le Brésil a fait savoir qu'il souhaiterait examiner ces dispositions du Code des brevets et d'autres avec les États-Unis, en vue de « comprendre comment ces derniers comptaient démontrer la compatibilité de ces prescriptions avec les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC notamment les articles 27 et 28¹⁵⁸³ ».

¹⁵⁸⁰ OMC, *Demande de consultations présentée par le Brésil, États-Unis — Code des brevets des États-Unis*, WT/DS224/1, G/L/437, IP/D/24, G/TRIMS/D/18, 7 février 2001.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² *Idem.*

¹⁵⁸³ Aussi de l'Accord sur les MIC, en particulier l'article 2, et des articles III et XI du GATT de 1994. Voir OMC, *Demande de consultations présentée par le Brésil*, WT/DS224/1, G/L/437, IP/D/24, G/TRIMS/D/18, 7 février 2001, p. 2.

455. En réalité, cette plainte n'est qu'une riposte à celle que les États-Unis ont antérieurement portée à l'encontre du Brésil au sujet des *mesures affectant la protection conférée par un brevet* au Brésil (WT/DS199)¹⁵⁸⁴. La plainte brésilienne a été plus exactement introduite après l'obstination des États-Unis à vouloir engager la procédure du Groupe spécial en demandant à l'ORD son établissement, alors que le Brésil voulait absolument poursuivre les consultations pour régler la question litigieuse. Le Brésil contre-attaque et dépose donc une plainte sur le Code des brevets des États-Unis qu'il juge sur certaines dispositions contraire à l'Accord sur les ADPIC. C'est dans ce contexte que s'inscrit la plainte du Brésil à l'encontre des États-Unis. C'est une sorte de jeu de menaces réciproques qui s'installe entre eux¹⁵⁸⁵.

456. Cependant, l'affaire en l'espèce n'a vraisemblablement pas fait l'objet ni d'accord amiable notifiée à l'ORD ni de poursuite formelle du processus prévu par les dispositions du Mémoire d'accord, faisant intervenir le Groupe spécial pour examiner la question litigieuse. En fait, on pense que si le Brésil n'a pas donné suite à sa propre plainte, c'est parce que le premier différend qui l'opposait aux États-Unis a fait l'objet d'une solution convenue d'un commun accord¹⁵⁸⁶. On en déduit donc que le litige était réglé sans qu'il y ait de notification officielle auprès de l'ORD. Cette déduction est confirmée par la teneur de la lettre adressée par M. l'Ambassadeur Peter Allgeier à M. José Alfredo Graça Lima qui déclarait clairement que dans l'éventualité d'un accord amiable avec le Brésil, il espérait que ce dernier ferait de même concernant le différend en l'espèce¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁴ Sur cette affaire, voir *supra*, §414 et s. Cette stratégie est bien connue dans le cercle des Membres actifs au sein du système de règlement des différends de l'OMC. Analysant le cas européen, Fabien Gouttefarde se posait la question de savoir si le dépôt de plainte devant le système de règlement des différends de l'OMC ne répondait pas à la logique du « *coup par coup* » mettant en pratique la « loi du Talion ». Cet auteur estime que les motivations qui ont conduit l'Union à porter plainte contre les États-Unis devant l'ORD, concernant certains contentieux, sont fondées sur une soi-disant frustration. Voir F. Gouttefarde, « Les Communautés européennes au sein du Système de règlement des différends de l'OMC: politique juridique cohérence ou gestion au cas par cas », *op.cit.*, p.193.

¹⁵⁸⁵ J.-F. Morin, « La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2004, n°4, p. 499.

¹⁵⁸⁶ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Brésil-Mesures affectant la protection conférée par un brevet*, WT/DS199/4, G/L/454, IP/D/23/Add.1, 19 juillet 2001.

¹⁵⁸⁷ M. l'Ambassadeur Peter Allgeier a, en effet, déclaré que « nous attendrions du Brésil qu'il n'engage pas une nouvelle procédure de règlement des différends au sujet des articles 204 et 209 de la Loi des États-Unis sur les brevets » (voir la lettre, datée du 25 juin 2001, jointe à la notification de la solution convenue d'un commun accord dans le différend *Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet*, WT/DS199/4, G/L/454, IP/D/23/Add.1, 19 juillet 2001).

D. Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit (WT/DS408 et WT/DS409)

457. Deux plaintes, formulées respectivement par l'Inde et par le Brésil, ont été portées contre l'Union européenne et un de ses États membre (les Pays-Bas).

458. S'agissant de la plainte de l'Inde (WT/DS408), le 11 mai 2010, elle a demandé l'ouverture de consultations avec l'Union européenne et les Pays-Bas au sujet des saisies répétées d'expéditions de médicaments génériques originaires de l'Inde dans des ports et aéroports des Pays-Bas pour cause d'atteinte alléguée à des droits de brevets subsistant aux Pays-Bas alors que ces expéditions étaient en transit vers des pays tiers¹⁵⁸⁸. L'Inde a considéré que les mesures en cause sont, à plusieurs égards, incompatibles avec les obligations de l'Union européenne et des Pays-Bas au titre des articles V et X du GATT de 1994 et de plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Plus précisément des articles suivants¹⁵⁸⁹ :

-l'article 28 lu conjointement avec l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC, l'article 4 bis de la Convention de Paris de 1967 et la dernière phrase du paragraphe 6 i) de la Décision du Conseil général du 30 août 2003 sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (la Décision du 30 août 2003) parce qu'une lecture conjointe de ces dispositions confirme, entre autres, que les droits conférés au titulaire d'un brevet ne peuvent pas être étendus pour faire obstacle à la liberté de transit des médicaments génériques légalement produits en Inde et exportés ;

-les articles 41 et 42 de l'Accord sur les ADPIC parce que les mesures en cause créent, entre autres, des obstacles au commerce légitime, permettent un usage abusif des droits conférés au titulaire d'un brevet, sont déloyales et inéquitables, inutilement contraignantes et complexes et occasionnent des retards injustifiés ; et

-l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC lu conjointement avec les dispositions de la Décision du 30 août 2003 parce que les mesures en cause permettent, entre autres, de faire obstacle à la liberté de transit des médicaments qui peuvent être produits en Inde et exportés vers des Membres de l'OMC ayant des capacités insuffisantes ou nulles dans le secteur pharmaceutique qui cherchent à s'approvisionner en produits dont ils ont besoin pour faire

¹⁵⁸⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par l'Inde, Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit*, WT/DS408/1, G/L/921, IP/D/28, 19 mai 2010, p.1.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, pp. 2-3.

face à leurs problèmes de santé publique en recourant d'une manière effective aux licences obligatoires.

459. Le 28 mai 2010, le Canada¹⁵⁹⁰ le Brésil¹⁵⁹¹ et l'Équateur¹⁵⁹² ont demandé à participer aux consultations. Le 31 mai 2010, la Turquie¹⁵⁹³, la Chine¹⁵⁹⁴ et le Japon¹⁵⁹⁵ ont fait de même. Ultérieurement, l'Union européenne a informé l'ORD qu'elle avait accepté ces demandes¹⁵⁹⁶.

460. Le lendemain de la plainte indienne, c'est-à-dire le 12 mai 2010, le Brésil a demandé l'ouverture des consultations avec l'Union européenne et les Pays-Bas au sujet des mêmes mesures évoquées par l'Inde. Il allègue que les diverses mesures en cause de l'Union européenne et des Pays-Bas sont incompatibles avec les obligations qui découlent pour ceux-ci des articles V et X du GATT de 1994, de plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC¹⁵⁹⁷.

461. Également, le 28 mai 2010, le Canada, l'Équateur et l'Inde ont demandé à participer aux consultations. Le 31 mai 2010, la Chine, le Japon et la Turquie ont fait de

¹⁵⁹⁰ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Canada*, WT/DS408/2, 1^{er} juin 2010. Le gouvernement canadien a fait savoir qu'il a un intérêt commercial substantiel dans ces consultations car il exporte 40 pour cent des médicaments génériques qu'il fabrique vers plus de 120 pays. De plus, c'est un Membre de l'OMC qui joue un rôle actif sur la question de la santé publique, y compris l'accès aux médicaments (*ibid*).

¹⁵⁹¹ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Brésil*, WT/DS408/3, 2 juin 2010. Le Brésil a fait savoir qu'il a un intérêt commercial substantiel dans ce différend. Il importe de grandes quantités de médicaments génériques, y compris d'Inde ; il est aussi exportateur de médicaments génériques (*ibid*).

¹⁵⁹² OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par l'Équateur*, WT/DS408/4, 2 juin 2010. Le gouvernement équatorien a fait savoir qu'il a un intérêt commercial substantiel dans ces consultations parce que des expéditions de médicaments génériques destinées à l'Équateur ont été saisies en 2008 et en 2009 alors qu'elles étaient en transit sur le territoire de l'Union européenne. Il s'inquiète également de ce que ces mesures puissent avoir un effet défavorable sur l'expédition de médicaments destinés à l'Équateur à l'avenir (*ibid*).

¹⁵⁹³ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Turquie*, WT/DS408/5, 3 juin 2010. La Turquie a fait savoir qu'elle a réalisé une union douanière avec l'Union européenne et elle a un intérêt commercial substantiel dans ces consultations (*ibid*).

¹⁵⁹⁴ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par la Chine*, WT/DS408/6, 3 juin 2010. La Chine a indiqué qu'en tant qu'important partenaire commercial bilatéral de l'UE et des Pays-Bas et grand pays producteur de médicaments génériques, elle a donc un intérêt substantiel dans les consultations en question (*ibid*).

¹⁵⁹⁵ OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication présentée par le Japon*, WT/DS408/7, 3 juin 2010. Le gouvernement japonais a fait savoir qu'il désire être admis à participer à ces consultations en raison de son intérêt commercial substantiel dans la saisie d'expéditions de médicaments génériques, originaires d'Inde et en transit vers le Brésil, dans des ports et aéroports des Pays-Bas pour cause d'atteinte alléguée à des brevets subsistant aux Pays-Bas » (*ibid*).

¹⁵⁹⁶ OMC, *Acceptation par l'Union européenne des demandes de participation aux consultations*, WT/DS408/8, 18 Juin 2010.

¹⁵⁹⁷ OMC, *Demande de consultations présentée par le Brésil, Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit*, WT/DS409/1, IP/D/29, G/L/922, 19 mai 2010.

même. Par la suite, l'Union européenne a informé l'ORD qu'elle avait accepté ces demandes de participation aux consultations¹⁵⁹⁸.

462. Toutefois, ces deux affaires n'ont, depuis, donné aucune suite formelle, c'est-à-dire ni accord amiable notifié à l'ORD ni poursuite formelle de procédure de règlement des différends de l'OMC, ce qui présume que la question litigieuse a été réglée à l'amiable ou simplement abandonnée.

E. Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières (WT/DS372)

463. Le 3 mars 2008, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec la Chine au sujet des mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers de services d'informations financières en Chine¹⁵⁹⁹. Les Communautés européennes alléguaient que plusieurs mesures chinoises ont des effets défavorables pour les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers de services d'informations financières en Chine. Ces mesures comprennent pas moins d'une douzaine d'instruments juridiques et administratifs qui confèrent à l'agence de presse Xinhua (agence de presse nationale en Chine), un rôle d'autorité de réglementation pour les agences de presse étrangères et les fournisseurs étrangers d'informations financières¹⁶⁰⁰. Les Communautés européennes considéraient que ces mesures étaient incompatibles avec les obligations de la Chine, entre autres, au titre de plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁰¹.

464. Le 14 mars 2008, les États-Unis ont demandé à participer aux consultations¹⁶⁰², demande à laquelle la Chine a donné son accord¹⁶⁰³. Le 4 décembre 2008, la Chine et les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'elles sont parvenues à trouver un terrain

¹⁵⁹⁸ OMC, *Acceptation par l'Union européenne des demandes de participation aux consultations*, WT/DS409/8, 18 Juin 2010. Sur le débat qu'a donné lieu cette affaire au sein du Conseil des ADPIC, voir P. Arhel, « Rétenion de génériques en transit dans l'Union européenne », *Propriété industrielle*, n°4, Avril 2010, étude 7.

¹⁵⁹⁹ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières*, WT/DS372/1, S/L/319, IP/D/27, 5 mars 2008.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ *Idem.*

¹⁶⁰² OMC, *Demande de participation aux consultations, Communication des États-Unis*, WT/DS372/2, 18 mars 2008.

¹⁶⁰³ OMC, *Acceptation par la Chine de la demande de participation aux consultations*, WT/DS372/3, 26 mars 2008.

d'entente concernant ce différend sous la forme d'un mémorandum d'accord¹⁶⁰⁴. Depuis, aucune poursuite n'est engagée devant le processus de règlement des différends de l'OMC, ce qui présume que le différend a été réglé à l'amiable.

465. Si l'objectif du Mémorandum d'accord est « *d'arriver à une solution positive des différends* »¹⁶⁰⁵, il semble a priori atteint dans le domaine des ADPIC, compte tenu de la proportion élevée d'affaires réglées par les parties elles-mêmes. Toutefois, ce résultat n'aurait pas pu être obtenu sans les efforts déployés par le Membre défendeur pour mettre fin au différend.

Section 2 : Les efforts fournis par les défendeurs pour arriver à une « solution mutuellement satisfaisante » au différend

466. Si une grande partie des différends relatifs à la propriété intellectuelle ont fait l'objet d'accords bilatéraux entre les parties concernées au premier stade de la procédure, cela ne veut pas dire que ce genre de différends soit facile à régler. Au contraire, cela a demandé de gros efforts au défendeur pour désamorcer et mettre fin au différend avec la partie plaignante. Il en est ainsi, par exemple, pour le Japon, le Pakistan, l'Argentine (§1) ainsi que pour l'Europe (§2).

§1. Les cas du Japon, le Pakistan et l'Argentine

467. Seront abordés successivement, les efforts fournis par le Japon (A), le Pakistan (B) et l'Argentine (C) pour la recherche d'un règlement amiable des différends pour lesquelles ils ont été mis en cause.

A. Le Japon

468. Comme évoqué précédemment, le Japon a fait l'objet de contestation initiée par deux Membres différents, respectivement des États-Unis (WT/DS28)¹⁶⁰⁶ et des Communautés

¹⁶⁰⁴ OMC, *Communication conjointe de la Chine et des Communautés européennes*, WT/DS372/4, S/L/319/Add.1, IP/D/27/Add.1, 9 décembre 2008.

¹⁶⁰⁵ L'article 3:7 du Mémorandum d'accord.

¹⁶⁰⁶ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS28/1, IP/D/1, 14 février 1996.

européennes (WT/DS42)¹⁶⁰⁷, au sujet de la même question : la protection des enregistrements sonores au Japon.

469. Les États-Unis comme les communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations en considérant que l'Accord sur les ADPIC fait obligation aux Membres de l'OMC d'accorder une protection pour les exécutions antérieures réalisées dans un Membre de l'OMC et les enregistrements sonores existants fixés pour la première fois dans un Membre de l'OMC ou fixés par un ressortissant d'un Membre de l'OMC pour une durée d'au moins 50 ans à compter de la fin de l'année civile d'exécution ou de fixation de l'enregistrement sonore. Cette durée de protection devrait s'étendre aux enregistrements sonores existants qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public dans le pays d'origine ou dans le pays où la protection est demandée¹⁶⁰⁸.

470. Pour le Japon, il était nécessaire d'agir eu égard aux obligations résultant pour lui de l'Accord sur les ADPIC. C'est ainsi que le 26 décembre 1996, le gouvernement japonais promulgua des modifications apportées à la Loi japonaise sur le droit d'auteur (Loi n°117) et qui entreraient en vigueur le 25 mars 1997. Ces modifications sont en effet destinées à accorder la protection de 50 ans aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs d'enregistrements sonores¹⁶⁰⁹.

471. Les deux plaignants, en l'occurrence les États-Unis et les Communautés européennes ont été satisfaits de la solution prise par le Japon pour régler la question litigieuse qui les opposait¹⁶¹⁰. C'est dans ces conditions qu'une solution mutuellement satisfaisante a été élaborée pour régler la question soulevée par les États-Unis et les Communautés européennes¹⁶¹¹. Ces dernières ont en effet renoncé formellement à poursuivre en l'espèce le processus prévu par les dispositions du Mémoire d'accord¹⁶¹².

¹⁶⁰⁷ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/1, IP/D/4, 4 juin 1996.

¹⁶⁰⁸ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS28/4, IP/D/1/Add.1, 5 février 1997; *notification de la solution convenue d'un commun accord, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/4, IP/D/4/Add.1, 17 novembre 1997.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ Dans un communiqué de presse la représentante américaine du Commerce, Mme Charlene Barshefsky, a déclaré que *"We sought - and will now obtain - protection for U.S. sound recordings from one of the most vibrant and popular periods in the history of American music -- from the swing music of Duke Ellington, the bebop jazz of John Coltrane, the rock and roll of Elvis Presley, Chuck Berry, Little Richard, Johnny Cash, Patsy Cline and the Sixties sounds of Bob Dylan, the Beach Boys and Otis Redding. The remarkable range and stature of the music produced in that quarter-century makes it an important part of our heritage"*. Voir le communiqué de presse précité de l'USTR : "USTR-Designate Barshefsky Announces Resolution of WTO Dispute With Japan on Sound Recordings", *press release 97-04*, January 24, 1997.

¹⁶¹¹ Les termes de l'accord amiable notifié sont quasiment les mêmes sur les deux documents : OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS28/4, IP/D/1/Add.1, 5 février 1997 ; OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun*

472. L'action japonaise est ainsi un excellent exemple du succès obtenu par la procédure de résolution adoptée par les ADPIC¹⁶¹³. Dans un communiqué de presse, la représentante américaine pour les questions commerciales internationales, Mme Charlene Barshefsky, a déclaré que "*Japan's action provides a clear indication of the enormous value of the TRIPS Agreement and WTO dispute settlement procedures for U.S. industry and workers. I am especially pleased that we were able to resolve this issue through WTO dispute settlement consultations*"¹⁶¹⁴.

B. Le Pakistan

473. Il en est de même pour le Pakistan dans le différend qui l'opposait aux États-Unis (WT/DS36) au sujet de l'obligation d'accorder la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord OMC, ou d'établir des systèmes permettant de déposer des demandes de brevet pour de telles inventions et d'accorder des droits exclusifs de commercialisation dans certaines circonstances (comme l'exigent les articles 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC)¹⁶¹⁵. Pour se conformer à ces obligations, le Président pakistanais *Farooq Ahmad Khan Leghari* a publié le 4 février 1997 l'ordonnance n°XXVI de 1997¹⁶¹⁶.

474. Pour ce qui est des obligations découlant de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC, l'ordonnance prévoit que toutes les demandes déposées après le 1^{er} janvier 1995 seront considérées comme valablement déposées¹⁶¹⁷. Le règlement d'application de l'ordonnance prévoira « *que toute personne qui dépose pour la première fois une demande de protection par un brevet pour un produit pharmaceutique ou un produit chimique pour l'agriculture dans un autre Membre de l'OMC après la date de publication de l'ordonnance pourra déposer une demande auprès des autorités pakistanaises compétentes et 1) jusqu'au 1^{er} janvier 2000, se verra fixer comme date de dépôt la date à laquelle ces autorités ont reçu la demande, ou 2) après le 1^{er} janvier 2000, aura le droit de revendiquer une priorité en*

accord, Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores, WT/DS42/4, IP/D/4/Add.1, 17 novembre 1997.

¹⁶¹² *Ibid.*

¹⁶¹³ J. E. Giust, "Noncompliance with TRIPS by Developed and developing countries: is TRIPS Working?", *Indiana International & Comparative Law Review*, 1997, vol. 8, p.91.

¹⁶¹⁴ Voir le Communiqué de presse précité de l'USTR: "USTR-Designate Barshefsky Announces Resolution of WTO Dispute With Japan on Sound Recordings".

¹⁶¹⁵ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Pakistan — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS36/4, IP/D/2/Add.1, 7 mars 1997, p.1. Sur cette affaire, voir *supra*, §409 et s.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ *Idem.*

vertu des règles énoncées à l'article 4 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle »¹⁶¹⁸.

475. S'agissant des obligations énoncées à l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC, l'ordonnance prévoit que « *des droits exclusifs de commercialisation seront accordés dans les cas où 1) le déposant de la demande a obtenu un brevet et l'approbation de la commercialisation du produit faisant l'objet de la demande dans un autre Membre de l'OMC et où 2) le déposant de la demande obtient l'approbation de la commercialisation au Pakistan* ». Conformément à la disposition de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC selon laquelle les droits de commercialisation doivent être exclusifs, le gouvernement pakistanais mettra en œuvre l'ordonnance de sorte que les droits exclusifs de commercialisation ne fassent en aucun cas l'objet d'une limitation ou d'une exception, y compris l'imposition d'une licence obligatoire. En conséquence, aucune partie ne se verra accorder l'approbation de commercialisation pour un produit faisant l'objet de droits exclusifs de commercialisation sans le consentement du détenteur de ces droits¹⁶¹⁹.

476. C'est dans ces conditions qu'un accord amiable a été trouvé entre le Pakistan et les États-Unis, mettant ainsi fin au différend qui les opposait. Les États-Unis ont, en effet, formellement renoncé à poursuivre en l'espèce le processus prévu par les dispositions du Mémoire d'accord¹⁶²⁰, alors qu'ils étaient très déterminés pour aller devant le Groupe spécial pour examiner la question litigieuse¹⁶²¹.

C. L'Argentine

477. L'Argentine et les États-Unis sont effectivement arrivés à un accord au sujet des affaires portant sur *la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS171)* et sur *certaines mesures concernant la protection des brevets*

¹⁶¹⁸ *Idem.*, pp. 1-2. Il est également indiqué qu'« *en outre, afin que les personnes qui auraient déposé des demandes entre le 1er janvier 1995 et la date à laquelle l'ordonnance a été publiée puissent le faire et que la date de dépôt soit celle qui leur aurait été fixée, le règlement d'application de l'ordonnance disposera que :*

-*toute personne qui aura présenté pour la première fois une demande de protection par un brevet pour un produit pharmaceutique ou un produit chimique pour l'agriculture dans un autre Membre de l'OMC après le 1er janvier 1995 et avant la date de publication de l'ordonnance pourra déposer une demande dans le cadre du système établi par l'ordonnance;*

-*ces demandes seront acceptées par les autorités pakistanaises compétentes à partir de la date à laquelle l'ordonnance a été publiée et pendant une année;*

- *et la date de dépôt effectif de chacune de ces demandes sera la date de dépôt de la demande originale dans un autre Membre de l'OMC* » (*ibid*, p.2).

¹⁶¹⁹ *Idem.*

¹⁶²⁰ *Idem.*

¹⁶²¹ Voir *supra*, §409 et s.

et des données résultant d'essais (WT/DS196)¹⁶²². Cependant, il faut dire aussi qu'une série de consultations se sont tenues pour arriver à une solution mutuellement satisfaisante¹⁶²³.

478. Brièvement, à titre de rappel, les questions litigieuses portaient globalement sur les points suivants : point 1) les licences obligatoires, point 2) droits exclusifs de commercialisations, point 3) restrictions à l'importation, point 4) extension de la protection au produit obtenu par le procédé breveté, point 5) renversement de la charge de la preuve en cas d'atteinte à un brevet de procédé; point 6) injonctions préliminaires, point 7) brevetabilité des micro-organismes et d'autres objets, point 8) brevets transitoires (s'agissant de l'article 70:4 de l'Accord sur les ADPIC)¹⁶²⁴.

479. La solution mutuellement satisfaisante des questions visées aux points 4, 5 et 6 a été toutefois subordonnée à l'adoption par le Congrès national argentin des projets de loi mentionnés dans ces trois points dans un délai d'un an à compter de la date de la communication de la notification de l'accord amiable¹⁶²⁵. Certaines questions telles que les brevets transitoires (concernant l'article 70:7 de l'Accord sur les ADPIC) (point 8b) et la protection des données résultant d'essais contre une utilisation commerciale déloyale (point 9) sont aussi visées dans le texte de l'accord amiable. S'agissant du point 8b), le gouvernement des États-Unis et le gouvernement argentin ont convenu que l'Argentine remplira ses obligations dans le cadre de l'OMC concernant la question relative à l'article 70:7 de l'Accord sur les ADPIC au moyen de son système et de ses pratiques juridiques, y compris par les décisions de la Cour suprême de justice¹⁶²⁶. Quant au point 9 relatif à la Protection des données résultant d'essais contre une utilisation commerciale déloyale (concernant l'article 39 :3), le gouvernement des États-Unis et le gouvernement argentin ont exprimé leurs points de vue respectifs sur cette question et sont convenus que les divergences d'interprétations devront être résolues selon les règles du Mémorandum d'accord. Il est aussi indiqué que les parties y poursuivront les consultations pour évaluer l'évolution du processus législatif d'approbation en ce qui concerne les points 4, 5 et 6 (mentionné plus haut) et à la lumière de

¹⁶²² OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord conformément aux conditions énoncées dans l'accord, Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS171/1) et *Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais* (WT/DS196), WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, 20 juin 2002.

¹⁶²³ En effet, des consultations ont été tenues les 15 juin 1999, 27 juillet 1999, 17 juillet 2000, 29 novembre 2000, 2 avril 2001, 13 juillet 2001, 21 septembre 2001, 5 novembre 2001 et 14 avril 2002. Voir OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord conformément aux conditions énoncées dans l'accord*, WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, 20 juin 2002, p.1.

¹⁶²⁴ voir supra, §422 et s.

¹⁶²⁵ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord conformément aux conditions énoncées dans l'accord*, WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, 20 juin 2002.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

cette évaluation, les États-Unis pourront décider de poursuivre les consultations ou demander l'établissement d'un Groupe spécial concernant l'article 39:3 de l'Accord sur les ADPIC¹⁶²⁷.

§2. Le cas de l'Europe

480. Comme le montre le tableau n°10 ci-dessous, plusieurs règlements amiables des différends, qui opposaient l'Europe aux États-Unis, ont été notifiés à l'ORD. Précisément, sept affaires ont trouvé un règlement amiable au stade initial de la procédure, sans l'intervention du Groupe spécial. Sur ces sept affaires, cinq ont visé un État membre de la Communauté européenne¹⁶²⁸. Il s'agit des affaires impliquant les pays suivants : le Portugal (WT/DS37), l'Irlande (WT/DS82), le Danemark (WT/DS83), la Suède (WT/DS86), et la Grèce (WT/DS125). Les deux autres ont visé directement les Communautés européennes. Il s'agit des affaires : *Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins* (WT/DS115) et *Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision* (WT/DS124).

Tableau n°10 : Les différentes affaires relatives aux ADPIC mettant en cause l'Europe ayant abouti à un règlement amiable

Défendeur, titre de la mesure en cause et numéro de l'affaire	plaignant	Date de demande de consultations	Date de notification de la solution mutuellement convenue
<i>Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle</i> (WT/DS37)	États-Unis	30 avril 1996	3 octobre 1996
<i>Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins</i> (WT/DS82)	États-Unis	14 mai 1997	6 novembre 2000
<i>Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle</i> (WT/DS83)	États-Unis	14 mai 1997	7 juin 2001
<i>Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les</i>	États-Unis	28 mai 1997	2 décembre 1998

¹⁶²⁷ *Idem.*

¹⁶²⁸ En effet, dans les premières années ayant suivi la création de l'OMC, les États-Unis n'ont pas hésité à mettre en cause directement les États membres de la Communauté européenne en se prévalant de leur qualité de Membre de cette organisation et en se fondant sur la présence de compétences partagées en matière de propriété intellectuelle. Certains auteurs pensent que si certains États membres de la Communauté européenne ont été la cible directe des attaques américaines, ce n'est que dans l'intention d'affaiblir et de briser l'union que forme l'Europe. Voir O. Blin, « OMC et imputabilité: le cas de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 191.

<i>droits de propriété intellectuelle (WT/DS86)</i>			
<i>Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)</i>	États-Unis	6 janvier 1998	6 novembre 2000
<i>Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124)</i>	États-Unis	30 avril 1998	20 mars 2001
<i>Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125)</i>	États-Unis	4 mai 1998	20 mars 2001

Source: liste réalisée à partir des données officielles de l'OMC

481. En tout état de cause, aucun des règlements amiables obtenus dans les sept affaires, opposant les États-Unis au Portugal, à l'Irlande, au Danemark, à la Suède, aux Communautés européennes et à la Grèce, n'était possible sans les efforts de ces pays¹⁶²⁹. En effet, les États-Unis n'ont mis fin à leurs différends avec les Membres concernés ci-dessus mentionnés qu'après que ces derniers aient réellement apporté des modifications à leurs législations¹⁶³⁰.

482. Par ordre chronologique, seront présentés les efforts fournis par le Portugal (A), l'Irlande (B), le Danemark (C), la Suède (D), les Communautés européennes et la Grèce (E) afin d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante dans les affaires qu'ils les impliquaient aux États-Unis.

A. Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37)

483. À titre de rappel, dans cette affaire, les États-Unis ont présenté leur demande de consultations considérant que la durée de protection prévue par la Loi portugaise sur la propriété industrielle pour les brevets existants était incompatible avec les obligations que

¹⁶²⁹ Pour certains auteurs, si des règlements amiables ont pu être obtenus dans ces différends, c'est qu'ils étaient moins acrimonieux. Les engagements relatifs aux ADPIC étaient déjà manifestes dans la loi nationale du Membre accusé, ce qui fait que les modifications apportées à la Loi mise en cause ne sauraient créer un bouleversement législatif. En ce sens, M. L. Busch et E. Reinhardt, « L'évolution du règlement des différends au GATT et à l'OMC », *op., cit.*, p.185.

¹⁶³⁰ La Commission européenne a même fait pression sur le Danemark, la Suède et l'Irlande pour qu'ils réforment rapidement leur législation en matière de propriété intellectuelle du fait de la menace américaine de poursuite devant l'OMC. Voir EIS, « Pression sur les retardataires en matière de droits d'auteur », *Europolitique*, 21 mai 1997.

l'Accord sur les ADPIC impose au Portugal, parmi celles qui sont énoncées aux articles 33, 65 et 70 dudit accord¹⁶³¹.

484. Dans le document de notification de la solution convenue d'un commun accord, le Portugal confirme avec le États-Unis que l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable aux pays développés le 1^{er} janvier 1996, et que l'article 33 de cet accord exige que les Membres offrent une protection dont la durée ne sera pas inférieure à 20 ans à compter de la date du dépôt. Le Portugal a également confirmé avec les États-Unis que, s'agissant des pays développés Membres, l'article 70:2 de l'Accord sur les ADPIC exige, entre autres, que les dispositions de l'article 33 s'appliquent à tous les brevets au 1^{er} janvier 1996 et à tous les brevets accordés à la suite de demandes déjà déposées au 1^{er} janvier 1996¹⁶³².

485. En conséquence, pour se conformer à ces obligations, le Portugal a promulgué le Décret-loi 141/96 qui confirme que tous les brevets valides au 1^{er} janvier 1996 et tous les brevets accordés après cette date à la suite de demandes déjà déposées au 1^{er} janvier 1996 bénéficieront d'une protection d'une durée de 15 ans à compter de la date de délivrance du brevet ou de 20 ans à compter de la date effective du dépôt, si ce délai est plus long¹⁶³³.

B. Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)

486. Ces deux affaires portent sur la même question, celle de la protection du droit d'auteur et des droits voisins dans la législation irlandaise¹⁶³⁴.

487. Lors des consultations, il a été convenu que l'Irlande adopterait d'abord, suivant une procédure accélérée, un projet de loi pour traiter deux questions particulièrement urgentes concernant les moyens de faire respecter les droits, puis modifierait sa législation sur le droit d'auteur conformément à l'Accord sur les ADPIC. L'Irlande a donné suite au premier point convenu par le biais de la Loi de 1998 sur la propriété intellectuelle (Loi n°28 de 1998), et au second par le biais de la Loi de 2000 sur le droit d'auteur et les droits connexes (Loi n°28 de

¹⁶³¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis, Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle*, WT/DS37/1, IP/D/3, 6 mai 1996.

¹⁶³² OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord*, WT/DS37/2, IP/D/3/Add.1, 8 octobre 1996.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ Voir les demandes de consultations présentées par les États-Unis dans les affaires : *Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins*, WT/DS82/1, IP/D/8, 22 mai 1997 et *Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins*, WT/DS115/1, IP/D/12, 12 janvier 1998.

2000). L'Irlande avait convenu de mettre en œuvre la Loi de 2000 sur le droit d'auteur et les droits connexes pour la fin du mois de décembre 2000¹⁶³⁵.

C. Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83)

488. À titre de rappel, dans cette affaire, les États-Unis ont présenté leur demande de consultations au motif que le Danemark ne prévoyait pas la possibilité de faire appliquer rapidement et effectivement des mesures provisoires, sans que l'autre partie soit entendue, dans le cadre des procédures civiles concernant des droits de propriété intellectuelle¹⁶³⁶. Pour satisfaire à cette obligation, le 20 mars 2001, le Parlement danois a adopté des dispositions portant modification de la Loi sur l'administration de la justice, qui habilite les autorités judiciaires danoises compétentes à ordonner l'application de mesures provisoires lors des procédures civiles concernant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Plus concrètement, en vertu des modifications, les autorités judiciaires peuvent décider de faire effectuer une perquisition au domicile du défendeur pour obtenir des preuves établissant qu'il est porté atteinte à des droits de propriété intellectuelle ; la perquisition peut être effectuée sans que le défendeur en soit avisé au préalable si les autorités pensent que, si le défendeur était avisé, il pourrait enlever, détruire ou transformer des objets, des documents, des renseignements contenus dans les systèmes informatiques ou toute autre chose visée par la demande de perquisition. Ces modifications ont pris force de loi sous le nom de *Loi n°216 – Loi portant modification de la Loi sur l'administration de la justice et de la Loi sur les frais de justice (Protection des preuves en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, etc.)* le 28 mars 2001¹⁶³⁷.

489. C'est dans ces conditions qu'il a été mis un terme au différend de l'espèce. Les États-Unis ont, en effet, formellement renoncé à poursuivre le Danemark devant l'OMC¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Irlande- Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115)*, WT/DS82/3, WT/DS115/3, IP/D/8/Add.1, IP/D/12/Add.1, 13 septembre 2002.

¹⁶³⁶ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS83/2, IP/D/9/Add.1, 13 juin 2001. Voir *supra*, §436 et .

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ *Idem*. Rappelons que dans cette affaire, la demande a été adressée uniquement à un État membre de la Communauté (en l'espèce, le Danemark), mais la Communauté européenne, par la voie de la Commission européenne, a insisté pour participer aux négociations. La solution mutuellement satisfaisante obtenue a ainsi été négociée et notifiée par les États-Unis, d'une part, et « les communautés européennes – Danemark », d'autre part. Sur ce point, voir *supra*, § 71 et s.

D. Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86)

490. Dans cette affaire, comme le Danemark, la Suède a été accusée de ne pas avoir mis en œuvre l'obligation, découlant des ADPIC, de prévoir la possibilité de faire appliquer rapidement et effectivement des mesures provisoires, sans que l'autre partie soit entendue, dans le cadre des procédures civiles relatives à des droits de propriété intellectuelle¹⁶³⁹.

491. Pour s'acquitter de cette obligation, entre autres, le Parlement suédois a adopté le 25 novembre 1998 la législation portant modification de la Loi sur le droit d'auteur, de la Loi sur les marques, de la Loi sur les brevets, de la Loi sur la protection des dessins et modèles, de la Loi sur les noms commerciaux, de la Loi sur la protection des produits semi-conducteurs, et de la Loi sur la protection des droits des obtenteurs de variétés végétales. Aux termes de cette législation, les autorités judiciaires suédoises sont habilitées à ordonner l'application de mesures provisoires lors des procédures civiles concernant des droits de propriété intellectuelle. Plus concrètement, la législation prévoit que s'il y a des raisons de penser qu'une personne a pris ou envisage de prendre une initiative pour porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle, le tribunal peut ordonner qu'une perquisition soit effectuée pour saisir des pièces frauduleuses, des documents ou d'autres éléments de preuve pertinents. L'ordre de perquisition peut être donné sans que l'autre partie soit entendue s'il y a un risque que des pièces ou documents soient soustraits aux recherches, détruits ou falsifiés. La législation entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1999¹⁶⁴⁰.

492. C'est dans ces conditions qu'il a été mis un terme à la question litigieuse. Les États-Unis ont, en effet, formellement renoncé à poursuivre en l'espèce le processus prévu par les dispositions du Mémoire d'accord à l'encontre de la Suède¹⁶⁴¹.

E. Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124) et Grèce —

¹⁶³⁹ Voir *supra*, § 436 et s.

¹⁶⁴⁰ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, WT/DS86/2, IP/D/10/Add.1, 11 décembre 1998.

¹⁶⁴¹ *Ibid.* Rappelons que dans cette affaire aussi la demande de consultations a été adressée uniquement à un État membre de la Communauté européenne (en l'espèce la Suède), mais la Communauté (par la voie de la Commission européenne) a insisté pour participer aux négociations. La solution mutuellement satisfaisante obtenue a ainsi été négociée et notifiée par les États-Unis, d'une part, et « les communautés européennes – Suède », d'autre part. Sur ce point, voir *supra*, § 71 et s.

Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125)

493. Le problème dénoncé par les américains dans ces deux différends concernait le haut niveau de piratage audiovisuel en Grèce. Les États-Unis ont soulevé dans leur demande de consultation la question concernant les obligations qui incombent aux Communautés européennes et à la Grèce en vertu de l'Accord sur les ADPIC, de faire en sorte que le système relatif aux moyens de faire respecter les droits en Grèce permette une action efficace contre les atteintes au droit d'auteur commises par les stations de télévision et constitue un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure¹⁶⁴².

494. Les communautés européennes, la Grèce et les États-Unis sont toutefois parvenus à régler à l'amiable ce laborieux différend commercial sur le piratage audiovisuel¹⁶⁴³. Mais, ce règlement amiable n'aurait pas vu le jour sans les démarches entreprises par les autorités helléniques pour remédier au problème dénoncé par les Américains¹⁶⁴⁴. En effet, pour renforcer l'efficacité des procédures relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, la Grèce a adopté un texte législatif le 13 octobre 1998 (Loi n°2644/98), dont l'article 17 prévoit une mesure corrective additionnelle en la matière pour les détenteurs de droits d'auteur dont les œuvres ont subi des atteintes commises par les stations de télévision qui exercent leurs activités en Grèce¹⁶⁴⁵. Cette loi prévoit la fermeture immédiate des stations de télévision qui portent atteinte à la propriété intellectuelle. La Grèce a agi au titre de l'article 17 et a pris des mesures pour mettre fin aux activités de certaines stations de télévision dont il a été prouvé qu'elles avaient diffusé illégalement des œuvres protégées par des droits d'auteur détenus par des ressortissants des États-Unis. Qui plus est, depuis mars 1998, le niveau de piratage d'émissions de télévision en Grèce a considérablement chuté et des condamnations pénales pour de tels actes de piratage

¹⁶⁴² OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, IP/D/13/Add.1, 26 mars 2001, p.1; *notification de la solution convenue d'un commun accord, Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision* WT/DS125 /2, IP/D/14/Add.1, 26 mars 2001.

¹⁶⁴³ UE/OMC – « L'UE, la Grèce et les Etats-Unis sont parvenus à un règlement amiable du différend sur le ... », *Agence Europe*, 24 mars 2001.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

¹⁶⁴⁵ OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, IP/D/13/Add.1, 26 mars 2001, p.1; OMC, *Notification de la solution convenue d'un commun accord, Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision* WT/DS125 /2, IP/D/14/Add.1, 26 mars 2001, p.1.

ont également été prononcées en Grèce au cours de cette période¹⁶⁴⁶. La Grèce s'est, entre autres, engagée à employer des moyens de dissuasion efficace pour lutter contre toute augmentation du niveau du piratage des émissions de télévision dans ce pays¹⁶⁴⁷.

495. Ces démarches ont permis aux États-Unis, à la Grèce et aux Communautés européennes de mettre un terme à la question litigieuse et au renoncement formel des États-Unis à poursuivre en l'espèce le processus prévu par les dispositions du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends¹⁶⁴⁸.

Chapitre 2 - L'ORD, un acteur incontournable du règlement effectif des différends relatifs aux ADPIC

496. Dans le cadre de l'OMC, l'ORD joue un rôle central dans le processus de règlement des différends. Il est même au cœur du règlement des différends¹⁶⁴⁹, bien qu'il ne les règle pas lui-même¹⁶⁵⁰. Cette tâche est plutôt confiée, comme exposé précédemment, aux Groupes spéciaux et, le cas échéant, à l'Organe d'appel¹⁶⁵¹. Mais, il n'en demeure pas moins que l'ORD est la seule instance du système de règlement des différends à s'être vu confier un pouvoir décisionnel, du début à la fin de la procédure¹⁶⁵². En effet, c'est lui qui décide ou non d'établir les Groupes spéciaux. C'est lui aussi qui adopte ou non les rapports des Groupes spéciaux et ceux de l'Organe d'appel et c'est encore lui qui accorde ou non l'autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion à l'encontre d'un autre Membre qui ne se conforme pas aux rapports adoptés¹⁶⁵³. Pour reprendre l'expression de l'ancien Président de l'ORD, Yonov

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ *Idem.*, p.2.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ B. Mueller-Holyst, « Le rôle de l'Organe de règlement des différends dans le processus de règlement des différends », *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁵⁰ Il ne rédige d'ailleurs aucun rapport par lui-même. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p.103, §259.

¹⁶⁵¹ C'est pourquoi, à certains égards, la dénomination de l'ORD peut paraître trompeuse, et peut être même fallacieuse selon les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p.103, §259.

¹⁶⁵² J. Lebullenger, « La Communauté Européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, octobre 1998, n°422, p. 632.

¹⁶⁵³ L'article 2 du Mémorandum d'accord. Voir H. Ghérari, « Chapitre 79. Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques : le système de règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 944. À ce titre, il paraît plus qu'un organe qui « facilite le règlement des différends plutôt qu'il ne les règle lui-même » (D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique, op.cit.*, p.103, §259).

Frederick Agah, « *c'est l'ORD qui fait tourner la machine* »¹⁶⁵⁴ du processus de règlement des différends de l'OMC. L'ORD tient donc un rôle de pivot dans ce processus¹⁶⁵⁵.

497. À ce jour, il a été porté devant l'ORD, au titre du Mémoire d'accord, 34 affaires qui, en totalité ou en partie, concernaient directement des violations alléguées de l'Accord sur les ADPIC. Dix d'entre elles ont donné lieu à des rapports des Groupes spéciaux dont trois seulement ont fait l'objet des procédures d'appel menées à leur terme et donnant lieu à des rapports de l'Organe d'appel (voir le tableau n°11 ci-dessous). La majorité de ces rapports ont débouché sur des recommandations à la partie contrevenante de mettre sa mesure incriminée en conformité avec les règles de l'Accord sur les ADPIC. Il est ainsi important d'examiner ces différends et les solutions obtenues par les Groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel (Section 1), pour s'intéresser ensuite à l'attitude des Membres condamnés vis-à-vis du respect des décisions de l'ORD qui leur ont été défavorables¹⁶⁵⁶ (Section 2).

Tableau n°11 : Affaires ayant donné lieu à un rapport du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel¹⁶⁵⁷

	Affaires ayant donné lieu à rapport du Groupe spécial (Défendeur, titre de la mesure en cause, plaignant et numéro de l'affaire)	Affaires ayant fait l'objet d'un appel et donné lieu à un rapport de l'Organe d'appel
1	<i>Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i> (plainte des États-Unis, WT/DS50)	Rapport de l'Organe d'appel
2	<i>Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> (plainte des États-Unis, WT/DS59)	Pas d'appel
3	<i>Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques</i>	Pas d'appel

¹⁶⁵⁴ Discours prononcé en mars 2011 sur le bilan des activités du système de règlement des différends de l'OMC au cours de son mandat, disponible à l'adresse suivante: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/speech_agah_4mar10_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁶⁵⁵ A. Klebes-Pelissier, « L'Organisation Mondiale du Commerce: Quels enseignements pour le droit des organisations internationales? », *op.cit.*, p.81. Il est vrai qu'avec la règle du consensus négatif, le rôle de l'ORD, quoi qu'important, apparaît symbolique. En pratique l'établissement d'un Groupe spécial ou l'adoption des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et l'autorisation de contre-mesures, sont prises de façon quasi-automatique. Mais, il ne faut pas oublier que la règle du consensus négatif n'exclut pas l'hypothèse, certes « d'école », que les sollicitations de décisions de l'ORD soient refusées. En ce sens, M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale de commerce », *op.cit.*, p. 256.

¹⁶⁵⁶ On considère que le règlement définitif des différends s'accomplit au moment où le Membre condamné met effectivement en œuvre les décisions et recommandation de l'ORD pour se conformer au droit de l'OMC.

¹⁶⁵⁷ Il est intéressant de relever dans le tableau n°11 ci-dessus que, sur les dix affaires ayant fait l'objet d'une procédure de Groupe spécial, quatre seulement étaient des différends du type pays développés C/pays en développement. Il s'agit des affaires impliquant les pays suivants : Inde (WT/DS50, plainte des États-Unis et WT/DS79, plainte des Communautés européennes) ; Indonésie (WT/DS59, plainte des États-Unis) ; Chine (WT/DS362, plainte des États-Unis). En appel, sur les trois différends dont l'Organe d'appel a été saisi, un seul différend concernait un pays développé C/pays en développement. Il s'agit de l'affaire *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* plainte des États-Unis, WT/DS50.

	<i>pour l'agriculture</i> (plainte des Communautés européennes, WT/DS79)	
4	<i>Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques</i> (plainte Communautés européennes, WT/DS114)	Pas d'appel
5	<i>États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur</i> (plainte Communautés européennes, WT/DS160)	Pas d'appel
6	<i>Canada — Durée de la protection conférée par un brevet</i> (plainte des États-Unis WT/DS170)	Rapport de l'Organe d'appel
7	<i>États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i> (plainte Communautés européennes, WT/DS176)	Rapport de l'Organe d'appel
8	<i>Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires,</i> (plainte des États-Unis, WT/DS174)	Pas d'appel
9	<i>Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires</i> (plainte de l'Australie, WT/DS290)	Pas d'appel
10	<i>Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter</i> (plainte des États-Unis, WT/DS362)	Pas d'appel

Section 1 : Les différends relatifs aux ADPIC et leur règlement par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel

498. Comme évoqué précédemment, le plaignant qui ne parvient pas à trouver une solution satisfaisante avec la partie adverse, qui n'aurait pas rempli ses obligations concernant le respect des normes minimales définies par l'Accord sur les ADPIC, peut engager à l'encontre de cette dernière, la procédure de règlement des différends prévue par le Mémorandum d'accord. La mise en œuvre d'une telle procédure permet, en effet, aux organes de règlement indépendants, à savoir le Groupe spécial et, le cas échéant, l'Organe d'appel, de vérifier si le Membre mis en cause a bel et bien respecté les différents engagements auxquels il a souscrit au titre de l'Accord sur les ADPIC.

499. À ce jour, les allégations d'incompatibilités avec les obligations contractées dans le cadre de l'Accord, portées à l'examen des organes de règlement concernaient essentiellement les domaines suivants : les brevets (§1) ; les marques de fabrique ou de commerce /indications géographiques (§2) ; le droit d'auteur et les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (§3). Les développements qui suivent décriront seulement les éléments essentiels de la procédure des affaires dans chaque domaine et, les résultats concrets qui en découlent. Les autres aspects de ces litiges, en particuliers les enseignements juridiques que l'on peut en retirer, seront exposés ultérieurement.

§1- Dans le domaine de Brevets

500. Sur le terrain des brevets, on peut faire état de quatre affaires¹⁶⁵⁸. Deux plaintes sont formulées contre l'Inde, l'une provenant des États-Unis au sujet de la *protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS50), l'autre des Communautés européennes concernant la même mesure (WT/DS79) (A). Les deux autres plaintes ont été dirigées contre le Canada, respectivement par les Communautés européennes concernant la *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) (B) et par les États-Unis concernant la *durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170) (C).

A. Les affaires Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (plaintes des États-Unis, WT/DS50 et des Communautés européennes, WT/DS79)

501. Le différend *Inde — Brevets* (plainte des États-Unis, WT/DS50)¹⁶⁵⁹, a été le premier qui a donné lieu à une décision de l'ORD concernant l'Accord sur les ADPIC (1) suivi par le différend opposant les Communautés européennes à l'Inde¹⁶⁶⁰ (2).

1. L'affaire Inde — Brevets (plainte des États-Unis, WT/DS50)

502. Ce différend fut le premier concernant l'Accord sur les ADPIC qui a fait l'objet d'un rapport du Groupe spécial, puis de l'Organe d'appel.

¹⁶⁵⁸ C'est d'ailleurs le domaine qui a donné lieu à plus de différends débouchant sur des rapports des organes de règlement.

¹⁶⁵⁹ Le titre abrégé du différend: *Inde — Brevets* (plainte des États-Unis, WT/DS50).

¹⁶⁶⁰ Le titre abrégé du différend: *Inde — Brevets* (plainte des Communautés européennes, WT/DS79).

Tableau n°12 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend *Inde — Brevets (plainte des États-Unis, WT/DS50)*

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁶⁶¹	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Défendeur	Articles 63 ¹⁶⁶² , 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC	Communautés européennes	Demande de consultations	2 juillet 1996
États-Unis	Inde			Établissement du Groupe spécial	20 novembre 1996
				Distribution du rapport du Groupe spécial aux Membres	5 septembre 1997
				Distribution du rapport de l'Organe d'appel aux Membres	19 décembre 1997
				Adoption du rapport du Groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD	16 janvier 1998

503. Le 2 juillet 1996, les États-Unis ont demandé l'ouverture des consultations avec l'Inde au sujet de l'absence de protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture ou de systèmes formels permettant de déposer des demandes de brevet et d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour ces produits¹⁶⁶³. Ils estimaient qu'il y avait violation des articles 27, 65 et 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶¹ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°12 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁶⁶² Notons, toutefois que cette allégation de violation de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC n'était pas mentionnée dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial ni dans la première communication écrite des États-Unis. Ces derniers l'ont, en fait, formulé bien après, à titre subsidiaire. Voir *supra*, §263.

¹⁶⁶³ OMC, *Demande de consultation présentée par les États-Unis*, IP/D/5, WT/DS50/1, 9 juillet 1996.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.* En réalité, la plainte des États-Unis est d'origine privée. Elle a été formulée à la demande expresse du lobby pharmaceutique américain. En effet, M. Bale E. Harvey (Vice-Président directeur chargé des questions internationales à la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America –PhRMA-), a adressé une lettre à Mme Barshefsky Charlene (Représentante des États-Unis pour les questions commerciales internationales) dans laquelle il se plaint au nom de PhRMA du cadre juridique en Inde. Voir l'annexe 3 du rapport précité du Groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R.

504. Les consultations ont eu lieu le 29 juillet 1996 mais n'ont pas permis de régler le différend¹⁶⁶⁵. Les États-Unis ont donc, dans une communication datée du 7 novembre 1996, demandé à l'ORD d'établir un Groupe spécial pour examiner la question litigieuse¹⁶⁶⁶. L'Inde a déclaré qu'elle était déçue que les États-Unis aient décidé de demander l'établissement d'un Groupe spécial, alors qu'elle avait fait de son mieux pour répondre aux préoccupations des États-Unis au cours des consultations¹⁶⁶⁷.

505. À sa réunion du 20 novembre 1996, l'ORD a établi un Groupe spécial comme l'avaient demandé les États-Unis¹⁶⁶⁸. À la demande des États-Unis, la composition du Groupe spécial a été arrêtée par le Directeur général de l'OMC. Celui-ci a été composé de : M. Thomas Cottier en qualité de président, et de M. Douglas Chester et M. Yanyong Phuangrach en qualité de membres¹⁶⁶⁹. Les Communautés européennes ont réservé leurs droits de tierce partie au différend¹⁶⁷⁰.

506. Les questions dont le Groupe spécial était saisi concernaient les obligations qui incombent à l'Inde en tant que Membre de l'OMC en vertu de certaines dispositions transitoires de l'Accord sur les ADPIC et se répartissent en deux catégories selon qu'elles soient liées aux dispositions de l'article 70:8 (couramment appelée demande présentée suivant le système de la « boîte aux lettres ») ou aux dispositions de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁷¹. S'agissant de ces questions, un autre point a été soulevé au sujet des dispositions de l'article 63 relatives à la publication et à la notification¹⁶⁷².

507. Sur le plan factuel, le différend découle essentiellement des faits suivants :

Dans le cadre de la Loi indienne de 1970 sur les brevets, n'était pas permis en vertu de l'article 5, la délivrance de brevets de produits pour des « substances qu'il est envisagé d'utiliser ou qui sont susceptibles d'être utilisées en tant que nourriture, médicaments ou drogues ». Dans le cas de ces substances, seules « *les revendications des méthodes ou*

¹⁶⁶⁵ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, document WT/DS50/4, 8 novembre 1996, p.2. Les Communautés européennes ont demandé la participation à ces consultations (document WT/DS50/2, daté 22 juillet 1996), demande que l'Inde a acceptée (document WTDS50/3, du 29 juillet 1996).

¹⁶⁶⁶ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS50/4, 8 novembre 1996.

¹⁶⁶⁷ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 novembre 1996*, WT/DSB/M/26, 15 janvier 1997, p.8.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, Note du Secrétariat, WT/DS50/5, 5 février 1997.

¹⁶⁷⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 novembre 1996*, WT/DSB/M/26, 15 janvier 1997, p.8.

¹⁶⁷¹ Rapport précité du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, par. 2.1.

¹⁶⁷² *Ibid.*

procédés de fabrication sont brevetables ». Pour se conformer à l'Accord sur les ADPIC, l'Inde devait accorder pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture la possibilité de bénéficier de la protection conférée par un brevet correspondant à ses obligations au titre de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, qui prescrit qu'« *un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques ...* »¹⁶⁷³.

Le 31 décembre 1994, pendant l'intersession parlementaire, le Président de l'Inde a promulgué l'Ordonnance de 1994 sur les brevets (modification) en vue de remplir les obligations incombant au pays au titre de l'article 70:8 et 9 de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁷⁴. Cette ordonnance devait permettre de déposer et de traiter les demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (comme l'exige l'article 70.8 de l'Accord sur les ADPIC), et d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour les produits faisant l'objet de ces demandes (comme l'exige l'article 70.9 de l'Accord sur les ADPIC)¹⁶⁷⁵. Cette Ordonnance a été promulguée dans l'exercice des pouvoirs qui sont conférés au Président par l'article 123 de la Constitution indienne qui permet au Président de légiférer lorsque le Parlement (l'une des chambres ou les deux) n'est pas en session et lorsqu'« il juge qu'en raison des circonstances il est nécessaire qu'il prenne des mesures immédiates »¹⁶⁷⁶. Toutefois, ces décisions présidentielles viennent à expiration six semaines après la reprise de la session parlementaire. En conséquence, en vertu des dispositions pertinentes de la Constitution indienne, l'Ordonnance de 1994 sur les brevets est devenue caduque le 26 mars 1995. En mars 1995, l'administration indienne a présenté au Parlement le projet de loi de 1995 sur les brevets (modification) en vue de mettre en œuvre les dispositions de l'Ordonnance de manière permanente. Or, le projet de loi est devenu caduc en raison de la dissolution du Parlement le 10 mai 1996. La venue à expiration de l'Ordonnance n'a pas été rendue publique ni notifiée au Conseil des ADPIC¹⁶⁷⁷.

508. Compte-tenu de cette situation, les autorités du pouvoir exécutif indien avaient décidé, en avril 1995, de donner pour instruction aux offices de brevets du pays de continuer de recevoir les demandes de brevets pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture et de les conserver séparément en vue de leur traitement dès

¹⁶⁷³ *Ibid.*, par. 7.1.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, par. 2.3.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ *Idem.*

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, par. 7.3.

l'entrée en vigueur de la modification de la législation indienne sur les brevets¹⁶⁷⁸. Cette décision administrative n'a pas à l'époque été rendue publique et elle n'a pas été notifiée au Conseil des ADPIC¹⁶⁷⁹. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont soutenu que l'Ordonnance de 1994 sur les brevets (modification) a cessé d'avoir effet au début de 1995, de fait, il n'existerait en Inde, aucun système formel de boîte aux lettres¹⁶⁸⁰. Ils estimaient, par conséquent, que l'Inde avait manqué à l'obligation lui incombant au titre de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC de mettre en place dans sa législation un système de boîte aux lettres permettant de déposer des demandes de brevets¹⁶⁸¹. Les États-Unis ont également soutenu que, dès lors qu'il n'existait pas en Inde de système formel régissant l'octroi de droits exclusifs de commercialisation conformément à l'article 70:9 et que cette prescription était applicable en Inde à compter du 1er janvier 1995, cette dernière ne s'acquittait pas des obligations lui incombant au titre de l'article 70:9¹⁶⁸². Les États-Unis ont aussi allégué à titre subsidiaire que l'Inde n'avait pas respecté ses obligations au titre de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC en ne diffusant pas des renseignements sur l'existence d'un nouveau système de boîte aux lettres pour le dépôt des demandes après la venue à expiration de l'Ordonnance de 1994 sur les brevets (modification)¹⁶⁸³.

509. L'Inde a répondu à ses allégations en affirmant que son système répondait aux prescriptions de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC, puisque les demandes tendant à obtenir la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture étaient déposées, enregistrées et conservées dans le pays¹⁶⁸⁴. L'Inde a également fait valoir qu'elle n'avait reçu aucune demande de droits exclusifs de commercialisation et par conséquent, on ne pouvait l'accuser d'avoir refusé d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour un produit, quel qu'il soit, remplissant les conditions voulues pour bénéficier de tels droits au titre de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁸⁵. Quant à l'allégation relative au titre de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC, l'Inde a fait des objections procédurales la concernant, et demande au Groupe spécial qu'elle soit rejetée au motif qu'elle a été présentée trop tard pour être acceptée¹⁶⁸⁶. Et, indépendamment de ces objections procédurales, l'Inde a fait valoir qu'en tant que pays en

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, par. 2.6.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, par. 2.7.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, par. 4.1.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

¹⁶⁸² *Ibid.*, par. 4.26.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, par. 7.44. Sur l'obligation de notification, voir *supra*, § 116 et s.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, par. 4.2 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS50/R.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, par. 4.27.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, par. 7.8.

développement, elle est habilitée au titre de l'article 65:2 à différer l'application de l'article 63 jusqu'au 1er janvier 2000¹⁶⁸⁷.

510. Après un examen approfondi de la compatibilité des mesures incriminées avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial a distribué son rapport le 5 septembre 1997. En reprenant toutes les préoccupations des États-Unis sur les trois principales questions, le Groupe spécial a conclu que l'Inde ne remplissait pas les obligations qui lui incombait aux titres de l'article 70:8 a) et, subsidiairement, des paragraphes 1 et 2 de l'article 63 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'elle n'a pas établi un mécanisme préservant, comme il convient, la nouveauté et la priorité, en ce qui concerne les demandes de brevet pour les inventions de produits pharmaceutiques et de produits chimiques pour l'agriculture pendant la période de transition dont elle peut bénéficier au titre de l'article 65 de l'Accord, et n'a pas publié ni notifié comme il convient des renseignements au sujet d'un tel mécanisme¹⁶⁸⁸. Le Groupe spécial a également conclu que l'Inde ne remplissait pas les obligations qui lui incombait au titre de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'elle n'a pas établi un système d'octroi de droits exclusifs de commercialisation¹⁶⁸⁹.

511. Mécontente du rapport du Groupe spécial¹⁶⁹⁰, l'Inde a notifié le 15 octobre 1997, son intention de faire appel de certaines questions de droit et interprétations du droit formulées par le Groupe spécial¹⁶⁹¹.

512. Dans son rapport, distribué aux Membres le 19 décembre 1997, l'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'Inde n'avait pas rempli les obligations qui lui incombait au titre des articles 70:8¹⁶⁹² et 70:9 de l'Accord sur les

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, par. 7.45.

¹⁶⁸⁸ Par. 8.1 du Groupe spécial précité WT/DS50/R.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

¹⁶⁹⁰ J. Werner, "The TRIPS Agreement Under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India", *op.cit.*, p. 316.

¹⁶⁹¹ OMC, *Notification d'un appel de l'Inde présentée conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS50/6, 16 octobre 1997.

¹⁶⁹² Bien qu'ayant confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'Inde n'avait pas respecté ses obligations au titre des articles 70: 8 et 70: 9 de l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel s'est toutefois opposé à certains éléments du raisonnement du Groupe spécial permettant d'aboutir à cette conclusion. En particulier, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial avait commis une erreur en invoquant un principe général d'interprétation selon lequel il fallait tenir compte des attentes légitimes des Membres de l'OMC pour interpréter l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport précité 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, par. 33-48). Sur ce point, voir *infra*, §774 . Sur le raisonnement suivi par l'Organe d'appel au sujet du système de la boîte aux lettres, voir *infra*, 729 et s.

ADPIC, mais a infirmé les constatations du Groupe spécial sur l'article 63, au motif que l'allégation des États-Unis n'entraîne pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial¹⁶⁹³.

513. À la réunion de l'ORD du 16 janvier 1998, le rapport de l'Organe d'appel, ainsi que les parties du rapport initial du Groupe spécial qui n'ont pas été rectifiées, ont été adoptés¹⁶⁹⁴. Au cours de cette réunion, la délégation des États-Unis a déclaré qu'elle a apprécié le travail scrupuleux du Groupe spécial et de l'Organe d'appel¹⁶⁹⁵. L'Inde a aussi remercié le Président et les membres du Groupe spécial et de l'Organe d'appel pour leurs travaux et leur contribution significative dans les domaines nouveaux de l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁹⁶.

514. Avec cette première affaire, l'OMC a montré sa volonté d'appliquer l'Accord sur les ADPIC¹⁶⁹⁷.

2. L'affaire Inde — Brevets (plainte des Communautés européennes, WT/DS79)

515. Bien que les Communautés européennes aient réservé leur droit de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties dans la précédente affaire portée par les États-Unis (*Inde — Brevets*, WT/DS50), elles ont tout de même porté plainte contre l'Inde pour les mêmes mesures invoquées par les États-Unis¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹³ En effet, les États-Unis avaient présenté cette allégation au cours de la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, et non pas dans leur demande originelle d'établissement d'un Groupe spécial. Rapport précité de l'Organe d'appel, *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, par. 96. Pour plus de détails sur cette question, voir *supra*, §262.

¹⁶⁹⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 janvier 1998*, WT/DSB/M/40, 18 février 1998, p.10.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, p.2.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹⁶⁹⁷ Sur cette affaire, voir L. Ferera, "First WTO decision on TRIPs: India-patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products", *op.cit.*, p.69. Pour un commentaire sur cette affaire, voir en particulier : É. Canal-Forgues et Th. Flory (dir.), *GATT/OMC. Recueil des contentieux du 1^{er} janvier 1948 au 31 décembre 1999*, *op.cit.*, pp. 740-763 ; M. Geuze & H. Wager, "WTO Dispute Settlement Practice relating to the TRIPS Agreement", *op.cit.*, pp. 349-368 ; D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond", *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol.4, issue 2, pp. 181-184 ; J. Werner, "The TRIPS Agreement Under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India", *op.cit.*, p. 316.

¹⁶⁹⁸ Les raisons sont simples, sa qualité de tierce partie ne lui permet pas de bénéficier des mêmes droits en tant que plaignante.

Tableau n°13 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend *Inde — Brevets (plainte des Communautés européennes, WT/DS79)*¹⁶⁹⁹

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁷⁰⁰	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Communautés européennes	Articles 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC	États-Unis	Demande de consultations	28 avril 1997
				Établissement du Groupe spécial	16 octobre 1997
Défendeur	Inde			Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	24 août 1998
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	22 septembre 1998

516. Le 28 avril 1997, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec l'Inde au sujet de l'absence de protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture ou de systèmes formels permettant de déposer des demandes de brevets et d'accorder des droits exclusifs de commercialisation pour ces produits. Elles estimaient par conséquent, que le régime juridique indien était incompatible avec les obligations résultant pour l'Inde des paragraphes 8 et 9 de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁰¹. Les éléments factuels de cette affaire, sont en effet les mêmes pour lesquelles les États-Unis ont porté les premiers une plainte contre l'Inde (WT/DS50), évoquée précédemment¹⁷⁰².

517. Les deux parties au différend ont tenu des consultations le 14 mai 1997, mais n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant du différend¹⁷⁰³. En conséquence, les

¹⁶⁹⁹ Titre abrégé.

¹⁷⁰⁰ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°13 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁷⁰¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS79/1, IP/D/7*, 6 mai 1997.

¹⁷⁰² Les faits étant similaires, pour éviter toute redondance, nous renvoyons à l'affaire *Inde — Brevets (plainte des États-Unis, WT/DS50)* exposée précédemment.

¹⁷⁰³ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, WT/DS79/2*, 15 septembre 1997, p. 2.

Communautés européennes ont demandé, le 9 septembre 1997, l'établissement d'un Groupe spécial¹⁷⁰⁴. À sa réunion du 16 octobre 1997, l'ORD a établi un Groupe spécial¹⁷⁰⁵. À la demande des Communautés européennes, le Directeur général a déterminé la composition du Groupe spécial suivante : M. Stuart Harbinson en qualité de président, et de M. Douglas Chester et M. Yanyong Phuangrach en qualité de membres¹⁷⁰⁶. Les États-Unis ont réservé leurs droits de tierce partie¹⁷⁰⁷. Toutefois, à la demande des parties, le Groupe spécial n'a pas commencé ses travaux de fond avant l'adoption par l'ORD, le 16 janvier 1998, des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel portant sur la même question dans le différend entre les États-Unis et l'Inde (WT/DS50)¹⁷⁰⁸. Ce qui a d'ailleurs provoqué un certain retard dans les étapes ultérieures de la procédure¹⁷⁰⁹.

518. Dans ce second différend opposant les Communautés européennes à l'Inde, le Groupe spécial est arrivé à la même conclusion que le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire précédente *Inde — Brevets* (WT/DS50). Dans son rapport, distribué aux Membres le 24 août 1998, le Groupe spécial a en effet d'abord conclu que l'Inde n'a pas rempli les obligations qui lui incombent au titre de l'article 70:8 a) parce qu'elle « *n'a pas établi une base juridique solide pour préserver comme il convient la nouveauté et la priorité en ce qui concerne les demandes de brevet de produit pour les inventions de produits pharmaceutiques et de produits chimiques pour l'agriculture pendant la période de transition dont elle peut bénéficier au titre de l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC* »¹⁷¹⁰. Il a ensuite conclu que l'Inde n'a pas rempli les obligations qui lui incombent au titre de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC « *parce qu'elle n'a pas établi un système d'octroi de droits exclusifs de commercialisation* »¹⁷¹¹. Sur la base de ces conclusions, le Groupe spécial a recommandé que l'ORD demande à l'Inde de mettre son régime transitoire de protection par un brevet des

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 octobre 1997*, WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997, p. 9.

¹⁷⁰⁶ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, Note du Secrétariat, document WT/DS79/3, 27 novembre 1997.

¹⁷⁰⁷ Alors qu'ils étaient partie plaignante au sujet de la même question dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), précédemment évoquée. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 octobre 1997*, WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997, p. 9.

¹⁷⁰⁸ OMC, *Communication du Président du Groupe spécial*, WT/DS79/4, 24 juin 1998.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ Rapport du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des Communautés européennes*, WT/DS79/R, adopté le 22 septembre 1998, par. 9.1.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture en conformité avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC ¹⁷¹².

519. À sa réunion du 22 septembre 1998, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial¹⁷¹³. En effet, cette affaire n'a pas fait l'objet d'un appel car les solutions dégagées par le Groupe spécial correspondaient assez précisément à celles adoptées par l'Organe d'appel dans l'affaire similaire initiée par les États-Unis précédemment évoquée *Inde — Brevets* (WT/DS50).

B. L'affaire *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS 114)

Tableau n°14 : Résumé du calendrier de la procédure du règlement du différend *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ¹⁷¹⁴

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁷¹⁵	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Défendeur	Articles 27:1, 28 et 33 de l'Accord sur les ADPIC	L'Australie, le Brésil, la Colombie, Cuba, les États-Unis, l'Inde, Israël, le Japon, la Pologne, la Suisse et la Thaïlande	Demande de consultations	19 décembre 1997
				Établissement du Groupe spécial	1 ^{er} février 1999
Communautés européennes	Canada			Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	17 mars 2000
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	5 avril 2000

520. Le 19 décembre 1997, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec le Canada au sujet de la protection des inventions dans le domaine des produits pharmaceutiques, telle qu'elle ressort des dispositions pertinentes de la législation d'application canadienne (en particulier la Loi sur les brevets), eu égard aux obligations

¹⁷¹² *Idem.*, par. 9.2.

¹⁷¹³ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 septembre 1998*, WT/DSB/M/48, 20 octobre 1998, p. 22 .

¹⁷¹⁴ Le titre abrégé du différend.

¹⁷¹⁵ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°14 ci-dessus sont celles indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

résultant pour le Canada de l'Accord sur les ADPIC¹⁷¹⁶. Selon la législation canadienne sur les brevets, un tiers peut, sans le consentement du détenteur du brevet, utiliser une invention brevetée : i) pour procéder aux expériences et essais nécessaires pour obtenir une approbation de commercialisation de la copie d'un médicament nouveau avant l'expiration du brevet y relatif afin d'avoir accès au marché immédiatement après l'expiration du brevet ; ii) pour fabriquer et stocker des produits brevetés pendant six mois au maximum avant l'expiration du brevet pour les vendre après celle-ci¹⁷¹⁷. Pour les Communautés européennes, ces deux dispositions de la législation canadienne étaient incompatibles avec les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, car elles n'assuraient pas la protection complète des inventions pharmaceutiques brevetées pendant la totalité de la période de protection, au sens des articles 27:1, 28 et 33 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷¹⁸.

521. Des consultations ont eu lieu les 13 février et 12 juin 1998, mais n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant du différend¹⁷¹⁹. En conséquence, les Communautés européennes ont demandé à l'ORD, dans une communication datée du 11 novembre 1998, qu'un Groupe spécial soit établi pour examiner cette question¹⁷²⁰. À sa réunion du 1^{er} février 1999, l'ORD a établi un Groupe spécial doté d'un mandat type¹⁷²¹.

522. À la demande des Communautés européennes, le Directeur général a déterminé la composition suivante du Groupe spécial : M. Robert Hudec en qualité de Président, et M. Mihály Ficsor et M. Jaime Sepulveda en qualité de membres¹⁷²². L'Australie, le Brésil, la Colombie, Cuba, les États-Unis, l'Inde, Israël, le Japon, la Pologne, la Suisse et la Thaïlande ont réservé leurs droits en tant que tierces parties, à la procédure du Groupe spécial¹⁷²³.

523. Pour l'essentiel, le Groupe spécial devait en l'espèce examiner la question de la conformité de deux dispositions de la Loi sur les brevets du Canada, qui créaient des exceptions aux droits exclusifs des titulaires de brevets, avec les obligations qui incombent à ce pays au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁷²⁴. Ces deux dispositions en cause sont les articles

¹⁷¹⁶ *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, WT/DS114/1, IP/D/11, G/L/221, 12 janvier 1998, p. 1.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, pp. 1- 2.

¹⁷¹⁸ *Idem.*, p.2.

¹⁷¹⁹ *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes*, WT/DS114/5, 12 novembre 1998, p. 2.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

¹⁷²¹ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 25, 28 et 29 janvier et 1er février 1999*, WT/DSB/M/54, 20 avril 1999, p. 44.

¹⁷²² OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, WT/DS114/6, 29 mars 1999.

¹⁷²³ *Ibid.*

¹⁷²⁴ Rapport du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000, par. 7.1.

55.2 1)¹⁷²⁵ et 55.2 2)¹⁷²⁶ de la Loi sur les brevets, respectivement appelé « l'exception pour l'examen réglementaire » et « l'exception de stockage ».

Le but de la première exception « pour examen réglementaire » est de permettre aux concurrents potentiels du titulaire du brevet d'obtenir des pouvoirs publics l'approbation de commercialisation pendant la durée du brevet, de sorte qu'ils auront l'autorisation réglementaire de vendre dans des conditions de concurrence avec le titulaire du brevet à la date d'expiration du brevet¹⁷²⁷. Sans cette exception, les concurrents (dits producteurs de génériques) devraient attendre que le brevet vienne à expiration pour pouvoir entamer le processus d'approbation réglementaire, ce qui prolongerait de fait la période d'exclusivité commerciale du titulaire du brevet au-delà de la fin de la durée du brevet¹⁷²⁸. La deuxième exception « pour le stockage » permet aux concurrents de fabriquer et de stocker des marchandises brevetées pendant une période de six mois avant l'expiration du brevet, mais les marchandises ne peuvent pas être vendues tant que le brevet n'est pas venu à expiration¹⁷²⁹. Sans cette exception, le droit qu'a le titulaire du brevet d'exclure toute personne de la « fabrication » ou de l'« utilisation » de la marchandise brevetée lui permettrait d'empêcher tout stockage de ce genre¹⁷³⁰. Il est toutefois précisé que l'invocation de cette exception est réservée aux personnes qui ont invoqué l'exception pour l'examen réglementaire prévue à l'article 55.2 1)¹⁷³¹.

¹⁷²⁵ L'article 55.2 1) dispose ce qui suit: "Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit." cité dans le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.2.

¹⁷²⁶ L'article 55.2 2) de la Loi sur les brevets est ainsi libellé: "Il n'y a pas contrefaçon de brevet si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée, au sens du paragraphe 1), a lieu dans la période prévue par règlement et qu'elle a pour but la production et l'emménagement d'articles déterminés destinés à être vendus après la date d'expiration du brevet" cité dans le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.7.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, par. 7.2. Cette exception est également connue sous la désignation « exception Bolar » dont le nom provient d'une affaire jugée aux États-Unis en 1984. L'« exemption Bolar » avait été ajoutée à la législation des États-Unis en matière de brevets en 1984, à la suite de la décision de la Cour d'appel pour le Circuit fédéral dans *Roche Products Inc. c. Bolar Pharmaceuticals Co. Inc.* (*ibid.*, page 45).

¹⁷²⁸ Par. 7.2 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R. Selon les renseignements fournis par le Canada, pour les producteurs de génériques, le processus de mise au point de leur version du médicament et d'obtention de l'approbation réglementaire prend environ de trois à six ans et demi, la mise au point prenant environ deux à quatre ans et le processus réglementaire proprement dit de un à deux ans et demi. Si aucune partie du processus de mise au point ne peut avoir lieu pendant la durée du brevet, les producteurs de génériques pourraient être obligés d'attendre la période intégrale de trois à six ans et demi après l'expiration du brevet avant d'être en mesure d'entrer sur le marché dans des conditions de concurrence avec le titulaire du brevet (*ibid.*, par. 7.3).

¹⁷²⁹ *Ibid.*, par. 7.7 et 7.8.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, par. 7.7.

¹⁷³¹ *Ibid.*, par. 7.10. Elle en est logiquement complémentaire.

524. Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que les articles 55.2 1) et 55.2 2) de la Loi canadienne sur les brevets étaient incompatibles avec les obligations du Canada au titre des articles 27:1 et 28:1 de l'Accord sur les ADPIC et, dans la mesure où l'article 55.2 2) constituait une violation de l'article 28:1, il était également incompatible avec l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷³². Les Communautés européennes ont également étayé leurs allégations en fournissant des informations sur les pertes économiques subies par leur industrie pharmaceutique du fait des dispositions des articles 55.2 1) et 55.2 2) de la Loi sur les brevets et du Règlement sur la production et l'emmagasinage de médicaments brevetés¹⁷³³. Selon la Fédération européenne des associations de l'industrie pharmaceutique (EFPIA), ces pertes se chiffrent à un montant supérieur à 100 millions de dollars canadiens par an¹⁷³⁴.

525. Le Canada a fait valoir que ni l'article 55.2 1) ni l'article 55.2 2) ne constituaient une violation de l'une quelconque des trois dispositions de l'Accord sur les ADPIC évoquées par la partie plaignante¹⁷³⁵. S'agissant de la violation alléguée de l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC, le Canada a reconnu que les articles 55.2 1) et 55.2 2) autorisaient un comportement qui entraînait en conflit avec les droits conférés par un brevet conformément à l'article 28:1, mais il a allégué que chacune de ces deux dispositions était une exception autorisée par l'article 30 de l'Accord. S'agissant de la violation alléguée de l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, le Canada a présenté deux moyens de défense: premièrement, l'article 27:1 ne s'applique pas aux mesures autorisées par l'article 30 de l'accord et, deuxièmement, même si l'article 27:1 s'applique effectivement aux mesures autorisées par l'article 30, les deux dispositions de la Loi sur les brevets en question ne constituent pas une discrimination en violation de l'article 27:1¹⁷³⁶. Enfin, s'agissant de la violation alléguée de l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC, le Canada a soutenu que l'article 55.2 2) ne constituait pas une violation de l'article 33¹⁷³⁷.

526. Le 17 mars 2000, le Groupe spécial a tranché, en rendant un verdict mitigé qui valide une partie de la contestation des Communautés européennes tout en approuvant l'argumentation canadienne. D'une part, il convient avec le Canada que l'exception du

¹⁷³² *Ibid.*, par. 7.11.

¹⁷³³ *Ibid.*, par. 4.7.

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ *Ibid.*, par. 7.12.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ *Idem.*

paragraphe 55.2 (1) de la Loi sur les brevets qui porte sur « l'examen réglementaire » est raisonnable, en soutenant qu'elle n'est pas incompatible avec les obligations du Canada au titre des articles 27:1 et 28:1 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷³⁸. D'autre part, il est d'accord avec les Communautés européennes pour conclure que l'exception du paragraphe 55.2(2) qui porte sur le « stockage » contrevient aux obligations du Canada au titre de l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷³⁹.

527. En somme, comme l'a déclaré le représentant des Communautés européennes, le rapport du Groupe spécial « dans une certaine mesure, satisfaisaient et ne satisfaisaient pas les deux parties au différend »¹⁷⁴⁰. D'ailleurs, aucune des parties (à savoir les Communautés européennes et le Canada) n'a fait appel de la décision du Groupe spécial. Pourtant, les Communautés européennes étaient déçues que les conclusions du Groupe spécial ne reconnaissent qu'en partie les droits des Communautés¹⁷⁴¹. De même pour le Canada, malgré sa déception quant à la conclusion concernant l'exception pour le stockage, il n'a pas non plus

¹⁷³⁸ *Ibid.*, par. 8.1 1). Précisément, le Groupe spécial a examiné la conformité de l'article 55.2 1) à chacune des trois conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC (article invoqué par le Canada comme moyen de défense) régissant une exception au titre de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC. Après un minutieux examen, le Groupe spécial conclut que l'exception en cause satisfaisait bien à chacune des trois conditions de l'article 30 et n'était donc pas incompatible avec les obligations du Canada au titre de l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC. Nous analyserons dans nos prochains développements l'interprétation par le Groupe spécial des trois conditions cumulatives énoncées à l'article 30 et leur application à « l'exception pour l'examen réglementaire » prévue par la loi sur les brevets canadienne (voir *infra*, §681 et s). Par ailleurs, s'agissant de l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC (la règle de non-discrimination), le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuves versés par les Communautés européennes ne donnaient pas lieu à une allégation plausible que la disposition relative à l'examen réglementaire (article 55.2 1) introduisait une discrimination quant au domaine technologique (les produits pharmaceutiques en l'espèce), que ce soit de jure ou de facto, au regard de l'article 27:1 (par. 7.105 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R). Pour un commentaire sur cet aspect de la décision du Groupe spécial, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC, op.cit.*, pp. 355-357.

¹⁷³⁹ Par. 8.1 2) du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R. Précisément, le Groupe spécial a voulu examiner la conformité de l'article 55.2 2) de la Loi canadienne sur les brevets à chacune des trois conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, après examen de la première condition, le Groupe spécial a conclu que l'exception en cause (article 55.2 2) ne satisfaisait pas cette condition et était donc incompatible avec les obligations du Canada au titre de l'article 28:1 de l'accord. Du fait de cette conclusion, le Groupe spécial a considéré qu'il était inutile d'examiner les autres allégations d'incompatibilité formulées par les Communautés européennes. En conséquence, le Groupe spécial n'a pas examiné les allégations d'incompatibilité concernant les deuxième et troisième conditions énoncées à l'article 30, l'allégation d'incompatibilité avec l'article 27:1 sur les ADPIC et l'allégation d'incompatibilité avec l'article 33 (*ibid.*, par. 7.38).

¹⁷⁴⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000*, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, § 65. Sur cette décision, voir les commentaires de D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond", *op.cit.*, pp184-192 ; F. M. Abbott, "Bob Hudec as Chair of the Canada - Generic Pharmaceuticals Panel - The WTO Gets Something Right", *op.cit.*, pp. 733-737 ; P. Roffe & C. Spennemann, "Canada-Patent protection of pharmaceutical products", in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under, WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 237-282 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *Journal du Droit International*, 2001, n°3, pp. 909-912.

¹⁷⁴¹ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000*, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, § 65.

exercé son droit de porter la cause devant l'Organe d'appel. Ce pays s'est même réjoui de la conclusion du Groupe spécial en sa faveur concernant l'exception pour l'examen réglementaire¹⁷⁴², qui peut en effet être utile pour accroître la disponibilité de médicaments génériques¹⁷⁴³. Le ministre du Commerce international du Canada, Pierre S. Pettigrew, a estimé que « *cette décision constitue une victoire importante pour le Canada* »¹⁷⁴⁴. Le ministre de la Santé, M. Allan Rock, a déclaré aussi qu'« *il s'agit là d'une bonne nouvelle pour les Canadiens, cette décision leur permet d'avoir accès à des médicaments vendus à des prix abordables* »¹⁷⁴⁵.

528. À sa réunion du 7 avril 2000, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴² Lors de la réunion de l'ORD, datée du 7 avril 2000, le Canada a déclaré qu'il était heureux de constater que le Groupe spécial avait confirmé que l'exception pour l'examen réglementaire était compatible avec l'Accord sur les ADPIC. La décision du Groupe spécial avait affirmé l'engagement du Canada à l'égard d'un environnement stable et sain d'innovation, d'investissement et de croissance. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000*, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, § 64.

¹⁷⁴³ C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, op.cit., p. 23.

¹⁷⁴⁴ Voir « OMC/UE/CANADA », *Agence Europe*, 24 mars 2000 ; « Le Canada se réjouit de l'adoption de la décision de l'OMC », Communiqué du 7 avril 2000, disponible en ligne à l'adresse suivante du lien du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada : <http://www.dfait-maeci.gc.ca> . <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/index.aspx?lang=fra> (consulté le 14 juin 2013).

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000*, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, § 69.

C. L'affaire Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (WT/DS 170)

Tableau n°15 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend Canada — Durée d'un brevet (WT/DS 170)¹⁷⁴⁷

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁷⁴⁸	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Défendeur	Articles 33 et 70 de l'Accord sur les ADPIC	Aucune	Demande de consultations	6 mai 1999
				Etablissement du Groupe spécial	22 septembre 1999
				Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	5 mai 2000
				Notification d'un appel du Canada	19 juin 2000
États-Unis	Canada			Distribution aux Membres du rapport de l'Organe d'appel	18 septembre 2000
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial et de l'Organe d'appel	12 octobre 2000

529. Comme l'indique son titre, le différend en question portait sur la durée de protection des brevets au Canada. Dans leur demande de consultations, datée du 6 mai 1999, les États-Unis alléguaient que l'Accord sur les ADPIC faisait obligation aux Membres d'accorder, pour les brevets, une protection dont la durée est d'au moins 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet. Cette obligation valait aussi pour tous les brevets qui existaient à la date d'application de l'accord à un Membre. Les États-Unis faisaient valoir qu'en vertu de la Loi canadienne sur les brevets, la durée de protection prévue pour les brevets délivrés sur la base de demandes déposées avant le 1^{er} octobre 1989 était de 17 ans à

¹⁷⁴⁷ Titre abrégé du différend.

¹⁷⁴⁸ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°15 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

compter de la date de délivrance du brevet. Ils considéraient que cette situation était incompatible avec les articles 33, 65 et 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁴⁹.

530. Les États-Unis et le Canada ont tenu des consultations à Genève le 11 juin 1999, mais ils n'ont pas été en mesure d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante¹⁷⁵⁰. Les États-Unis ont, en effet, demandé au Canada d'accepter une solution bilatérale, estimant que le résultat de la procédure de règlement du différend allait de soi. Le Canada s'est opposé à la demande des États-Unis et a affirmé que le régime applicable en matière de brevets était compatible avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁵¹. En conséquence, les États-Unis ont demandé, le 15 juillet 1999, l'établissement d'un Groupe spécial¹⁷⁵². À sa réunion du 22 septembre 1999, l'ORD a établi un Groupe spécial¹⁷⁵³.

531. Le 13 octobre 1999, les États Unis ont demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémoire d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial. La composition du Groupe spécial a été arrêtée le 22 octobre 1999¹⁷⁵⁴. Celle-ci est composée de : M. Stuart Harbinson en qualité de Président, et M. Sergio Escudero et M. Alberto Heimler en qualité de membres¹⁷⁵⁵. Ce dernier a pour mission d'examiner les allégations formulées par les États-Unis selon lesquelles la durée de la protection conférée par un brevet au titre de la Loi sur les brevets du Canada pour les brevets déposés avant le 1^{er} octobre 1989 (17 ans à compter de la date de la délivrance conformément à l'article 45)¹⁷⁵⁶ était incompatible avec les obligations résultant pour le Canada des articles 33 et 70 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁴⁹ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS170/1, IP/D/17, 10 mai 1999.

¹⁷⁵⁰ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS170/2, 15 juillet 1999.

¹⁷⁵¹ Voir OMC, FOCUS, *bulletin d'information*, Juillet-Août 1999, n° 41, p.7.

¹⁷⁵² OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS170/2, 15 juillet 1999.

¹⁷⁵³ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, les 22 et 24 septembre 1999*, WT/DSB/M/68, 20 Octobre 1999, p.9.

¹⁷⁵⁴ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, WT/DS170/3, 25 octobre 1999.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ À vrai dire, la *Loi sur les brevets* du Canada comporte deux dispositions sur la durée des brevets à savoir les articles 45 et 44. L'article 45 concerne la durée d'un brevet délivré à la suite d'une demande déposée avant le 1^{er} octobre 1989. Celle-ci est de 17 ans à compter de la date à laquelle le brevet a été *délivré*. La loi applicable à ces demandes est généralement désignée sous le nom de « brevets délivrés en vertu de l'ancienne loi ». L'article 44 concerne la durée d'un brevet délivré à la suite d'une demande déposée le 1^{er} octobre 1989 ou après cette date. Celle-ci est de 20 ans à compter de la date à laquelle la demande de brevet a été *déposée*. La loi applicable à ces demandes est généralement désignée sous le nom de « Brevets accordés en vertu de la nouvelle loi ». Toutefois, dans le présent litige la mesure en litige est l'article 45 de la Loi sur les brevets. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, par. 2.4-2.5.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, par. 1.2 et 1.3.

532. Toutefois, à la déception du Canada, le Groupe spécial¹⁷⁵⁸ comme l'Organe d'appel¹⁷⁵⁹ ont donné raison aux États-Unis en concluant que la durée de la protection conférée par les brevets délivrés par le Canada avant le 1^{er} octobre 1989, soit 17 ans à compter de la date de la délivrance du brevet, ne respecte pas la durée minimale stipulée par l'Accord sur les ADPIC, soit 20 ans à compter de la date à laquelle la demande de brevet est présentée¹⁷⁶⁰.

533. À la réunion de l'ORD pour adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sur cette affaire, les États-Unis ont déclaré qu'ils étaient satisfaits que le Groupe spécial et l'Organe d'appel soient tombés d'accord¹⁷⁶¹. Le Canada a, en revanche, exprimé sa déception, en ce que ces organes de règlement n'aient pas jugé bon d'accepter les arguments qu'il avait avancés durant la procédure¹⁷⁶². L'ORD a pris note des déclarations et a adopté les rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial au cours de cette réunion, qui s'est tenue le 12 octobre 2000¹⁷⁶³.

§2. Dans le domaine des marques de fabrique ou de commerce /indications géographiques

534. Sur le terrain du droit des marques et indications géographiques, on peut faire état de trois affaires : *États-Unis c/ Indonésie* relatif à certaines mesures affectant l'industrie automobile (WT/DS59) (A) ; *États-Unis et l'Australie c/Communautés européennes* au sujet de la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (respectivement WT/DS174 et WT/DS290) (B) et, enfin, *Communautés*

¹⁷⁵⁸ *Idem.*, par. 7.1. Sur cette affaire, voir Hélène Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op.cit.*, pp. 925-926.

¹⁷⁵⁹ En effet, l'Organe d'appel avait confirmé la constatation du Groupe spécial. Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, par. 102.

¹⁷⁶⁰ Les deux rapports contiennent des considérants intéressants sur la question de la non rétroactivité. Sur cette question, voir *infra*, §720 et s.

¹⁷⁶¹ Voir ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard*, le 12 octobre 2000, WT/DSB/M/90, 31 octobre 2000, p. 3, § 9.

¹⁷⁶² *Ibid.*, p. 4. « Nous sommes déçus du rapport de l'Organe d'appel », a déclaré le ministre du Commerce international, M. Pierre Pettigrew (communiqué, « Le Canada est déçu de la décision rendue par l'Organe d'appel de l'OMC », HAE, n°240, 18 septembre 2000. Disponible en ligne sur le site du ministère des affaires étrangères et du commerce international du Canada : <http://www.dfait-maeci.gc.ca> (consulté le 12 mars 2014)). En effet, le Groupe spécial comme l'Organe d'appel ont rejeté l'argument canadien voulant que l'article 70:2 soit rendu inopérant par l'article 70:1. Sur l'interprétation des deux paragraphes de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC, voir *infra*, §720 et s.

¹⁷⁶³ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 12 octobre 2000*, WT/DSB/M/90, 31 octobre 2000, p. 4, § 12.

européennes c/ États-Unis au sujet de l'article 211 de la Loi générale de 1998 portant sur l'ouverture de crédits (WT/DS176) (C).

A. L'affaire Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile (WT/DS59)

Tableau 16 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend Indonésie — Autos (WT/DS59)¹⁷⁶⁴

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁷⁶⁵	Tierces parties	Chronologies des étapes essentielles du différend	
Plaignant	Défendeur	Articles 3, 20 et 65 de l'Accord sur les ADPIC.	Inde et la République de Corée	Demande de consultations	8 octobre 1996
				Etablissement du Groupe spécial	12 juin 1997
États-Unis	Indonésie			Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	2 juillet 1998
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	23 juillet 1998

535. Dans cette affaire portant sur le secteur de l'automobile, l'Accord sur les ADPIC n'a été invoqué qu'à titre subsidiaire en relation avec la protection des marques¹⁷⁶⁶. Le 8 octobre 1996, les États-Unis ont en effet demandé l'ouverture de consultations avec l'Indonésie, au sujet de certaines mesures affectant le commerce et l'investissement dans le secteur automobile mises en œuvre par l'Indonésie en vertu des Décrets présidentiels n°54/1993 et 42/1996, de la Directive présidentielle n°2/1996, de nombreux décrets ministériels et de textes réglementaires, et d'autres mesures gouvernementales¹⁷⁶⁷. Les États-

¹⁷⁶⁴ Titre abrégé du différend.

¹⁷⁶⁵ Notons que ce différend a soulevé des allégations de violations de plusieurs Accords de l'OMC, à savoir l'Accord sur les ADPIC, l'Accord du GATT de 1994, l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC) et l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC). Mais nous avons choisi de faire mention dans le tableau n°16 ci-dessus uniquement des violations alléguées au titre de l'Accord sur les ADPIC figurant dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁷⁶⁶ C. Correa, *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, op.cit., p. 49.

¹⁷⁶⁷ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS59/1, G/L/117, G/TRIMS/D/5, G/SCM/D8/1, IP/D/6, 15 novembre 1996, p.1.

Unis ont soulevé des allégations de violation en vertu de plusieurs Accords de l'OMC¹⁷⁶⁸, dont l'Accord sur les ADPIC. Au sujet de ce dernier qui nous intéresse, les États-Unis ont estimé que les mesures ci-mentionnées sont contraires aux obligations qui incombent à l'Indonésie en vertu des articles des articles 3, 20 et 65:5 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁶⁹.

536. Les consultations ont eu lieu les 4 novembre et 4 décembre 1996 à Genève, mais n'ont pas permis de régler le différend¹⁷⁷⁰. Par conséquent, le 12 juin 1997, les États-Unis ont demandé l'établissement d'un Groupe spécial afin d'examiner leur plainte concernant les mesures indonésiennes¹⁷⁷¹. Après un premier report¹⁷⁷², l'ORD a établi, à sa réunion du 30 juillet 1997, un Groupe spécial¹⁷⁷³. Ce dernier a été composé de : M. Mohamed Maamoun Abdel Fattah (en qualité de Président) et M. Ole Lundby et M. David John Walker (en qualité de membres)¹⁷⁷⁴. L'Inde et la Corée ont réservé leurs droits en tant que tierces parties dans ce différend¹⁷⁷⁵.

537. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que l'Indonésie a manqué à ses obligations : i) au titre de l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC relatif au traitement national car les dispositions de son Programme concernant la voiture nationale établissent une discrimination à l'encontre de ressortissants d'autres Membres de l'OMC en ce qui concerne l'acquisition et le maintien de marques, ainsi que l'usage de marques dont il est expressément question à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC ; et ii) au titre de l'article 65:5 de l'Accord sur les ADPIC car les dispositions du Programme concernant la voiture nationale qu'elle a adoptée pendant la période de transition dont elle bénéficie dans le cadre de cet accord imposent aux ressortissants d'autres Membres de l'OMC des prescriptions spéciales en ce qui concerne l'usage de leurs marques qui sont incompatibles avec les dispositions de l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁶⁸ À savoir l'Accord du GATT de 1994, de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC) et de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC). Voir OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS59/1, G/L/117, G/TRIMS/D/5, G/SCM/D8/1, IP/D/6, 15 novembre 1996.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷⁷⁰ D'autres consultations informelles ont aussi été menées. OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS59/6, 13 juin 1997, p. 1.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁷² À sa réunion du 25 juin 1997, l'ORD a reporté l'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁷⁷³ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 30 juillet 1997*, WT/DSB/M/36, pp. 4-5. Par ailleurs, conformément à l'article 9:1 du Mémoire d'accord, l'ORD a décidé qu'un Groupe spécial unique examinerait ce différend avec les plaintes des Communautés européennes (WT/DS54/6) et du Japon (WT/DS55/6-WT/DS64/4). *Ibid.*, p.5.

¹⁷⁷⁴ OMC, *Communication du Président de l'ORD*, WT/DS55/8, WT/DS64/6, WT/DS54/8, WT/DS59/7, 5 août 1997.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ Rapport précité du Groupe spécial, *Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, par. 14.263.

538. Après examen, le Groupe spécial a conclu dans son rapport, distribué aux Membres le 2 juillet 1998, que les États-Unis n'avaient pas démontré que l'Indonésie avait manqué à ses obligations au titre de l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne l'acquisition ou le maintien de droits de marque, ou l'usage de marques dont il est expressément question à l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC, ni n'avaient démontré que des mesures ont été prises qui auraient pour effet de rendre des prescriptions moins compatibles avec les dispositions de l'article 20 et qui seraient donc contraires aux obligations de l'Indonésie au titre de l'article 65:5 de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁷⁷.

539. Le rapport du Groupe spécial a été adopté à la réunion de l'ORD du 23 juillet 1998¹⁷⁷⁸.

B. L'affaire Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290)

540. Cette affaire résulte d'une plainte déposée successivement par les États-Unis (WT/DS174) puis par l'Australie (WT/DS290) contre les Communautés européennes au sujet du manque de protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires dans la Communauté.

Tableau n°17 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend Communautés européennes — Marques et indications géographiques (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290)¹⁷⁷⁹

Parties au différend	Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁷⁸⁰	Tierces parties participant à la procédure du Groupe spécial	Chronologie des étapes essentielles de la procédure
----------------------	---	--	---

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 15.1, g.

¹⁷⁷⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 23 juillet 1998*, WT/DSB/M/47, 18 septembre 1998, p. 16. Sur cette décision, voir les commentaires de : D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence. *The First Six Years and Beyond*", *op.cit.*, pp. 178 -181; D. J. Gervais, "The TRIPS Agreement after Seattle Implementation and Dispute Settlement Issues", *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 4, p. 513.

¹⁷⁷⁹ Titre abrégé du différend.

¹⁷⁸⁰ Notons que dans cette affaire, il y avait aussi des allégations de violations des articles au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC). Il est fait toutefois mention dans le tableau n°17 ci-dessus que les allégations en vertu de l'Accord sur les ADPIC figurant dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

Plaignant	États-Unis Australie	-En ce qui concerne la plainte des États-Unis : les articles 1:1, 2:1 (incorporant par référence l'article 2 de la Convention de Paris), 3:1, 4, 16:1, 20, 22:1, 22:2, 24:5, 41:1, 41:2, 41:4, 42, 44:1, 63:1, 63:3 et 65:1 de l'Accord sur les ADPIC		Demande de consultations présentée par les États-Unis	1 ^{er} juin 1999
				Demande de consultations présentée par l'Australie	17 avril 2003
Défendeur	Communautés européennes	-En ce qui concerne la plainte de l'Australie : des articles 1er, 2 (incorporant par référence les articles 2, 6 <i>quinquies</i> B), 10, 10 <i>bis</i> et 10 <i>ter</i> de la Convention de Paris (1967)), 3:1, 4, 16, 20, 24:5, 41 et/ou 42, 63 de l'Accord sur les ADPIC	L'Argentine, L'Australie (en ce qui concerne la plainte des États-Unis), le Brésil, le Canada, la Chine, la Colombie, les États-Unis (en ce qui concerne la plainte de l'Australie), le Guatemala, l'Inde, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Taipei chinois et la Turquie	Etablissement du Groupe spécial	2 octobre 2003
				Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	15 mars 2005
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	20 avril 2005

541. Le 1^{er} juin 1999, les États Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes au sujet de la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires dans les Communautés européennes. Les États-Unis soutenaient que le Règlement n°2081/92 des Communautés européennes, tel qu'il a été modifié, ne prévoit pas d'accorder le traitement national en ce qui concerne les indications géographiques, et n'assure pas une protection suffisante des marques qui existaient antérieurement et qui sont similaires ou identiques à une indication géographique. Ils considéraient qu'une telle situation était incompatible avec les obligations

qui incombait aux Communautés européennes en vertu de l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais non exclusivement, des articles 3, 16, 24, 63 et 65 dudit accord¹⁷⁸¹. Les consultations ont eu lieu le 9 juillet 1999 et ultérieurement, mais n'ont pas permis de régler le différend¹⁷⁸².

542. Le 4 avril 2003, les États-Unis ont complété leur précédente demande par une demande de consultations additionnelle avec les Communautés européennes au sujet de la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires dans les Communautés. Les mesures en cause sont le règlement des CE n° 2081/92, tel qu'il a été modifié, et les mesures de mise en œuvre et d'exécution y relatives (ci-après, le règlement des CE). D'après les États-Unis, le règlement en cause limite les indications géographiques que les CE protégeront et limitent l'accès des ressortissants des autres Membres aux procédures et à la protection communautaire concernant les indications géographiques prévues dans le règlement des CE¹⁷⁸³. Ils alléguaient que le règlement était incompatible avec les articles 2, 3, 4, 16, 22, 24, 63 et 65 de l'Accord sur les ADPIC et aux articles I^{er} et III:4 du GATT de 1994¹⁷⁸⁴. L'Argentine, l'Australie, la Bulgarie, Chypre, la Hongrie, l'Inde, Malte, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la République slovaque, la République tchèque, la Roumanie, la Slovénie, Sri Lanka et la Turquie ont demandé à participer aux consultations conformément à l'article 4:11 du Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'elles avaient accepté ces demandes¹⁷⁸⁵. Ils ont aussi informé l'ORD que ces consultations seraient menées conjointement avec celles que l'Australie avait demandées dans le différend *Communautés européennes — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires* (WT/DS290)¹⁷⁸⁶.

543. En effet, le 17 avril 2003, l'Australie a aussi demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes au sujet de la protection des marques et de l'enregistrement et la protection des indications géographiques pour les denrées alimentaires et les produits agricoles dans les CE. Les mesures en cause comprennent le Règlement (CEE)

¹⁷⁸¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS174/1, IP/D/19, 7 juin 1999.

¹⁷⁸² OMC, *Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS174/20, 19 août 2003.

¹⁷⁸³ Par exemple, les Communautés européennes limitent l'enregistrement aux indications géographiques identifiant des marchandises originaires d'un État membre de la communauté. Voir OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, Addendum, WT/DS174/1/Add.1, IP/D/19/Add.1, G/L/619, 10 avril 2003.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

¹⁷⁸⁵ OMC, *Acceptation par les Communautés européennes des demandes de participation aux consultations*, WT/DS174/19, 28 mai 2003.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

n° 2081/92 et les mesures prises au titre de ce Règlement ainsi que toutes modifications de celui-ci et toutes mesures connexes, et leur mise en œuvre (ci-après, la mesure des CE)¹⁷⁸⁷. L'Australie a allégué que la mesure des CE était incompatible avec les obligations qui incombent aux CE en vertu de l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais non exclusivement, les articles 1er, 2, 3, 4, 16, 20, 22, 24, 41, 42, 63 et 65 de l'Accord sur les ADPIC, des articles Ier et III du GATT de 1994 et de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC¹⁷⁸⁸. L'Argentine, la Bulgarie, Chypre, la Colombie, les États-Unis, la Hongrie, Malte, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la République slovaque, la République tchèque, la Roumanie, la Slovénie, le Taipei chinois et la Turquie ont demandé à participer aux consultations conformément à l'article 4:11 du Mémoire d'accord. Les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'elles avaient accepté ces demandes¹⁷⁸⁹. Ils ont également informé l'ORD que ces consultations seraient menées conjointement avec celles que les États-Unis avaient demandées dans le différend (WT/DS174)¹⁷⁹⁰.

544. Les Communautés européennes et les États-Unis ont tenu des consultations à la suite de leur demande complémentaire le 27 mai 2003, mais aucune solution mutuellement satisfaisante n'a été trouvée pour régler leur différend¹⁷⁹¹. Les Communautés européennes et l'Australie ont aussi tenu des consultations le même jour, mais ils n'ont pas non plus réussi à régler leur différend¹⁷⁹². Devant l'échec des consultations, le 18 août 2003, les États-Unis et l'Australie ont demandé séparément l'établissement d'un Groupe spécial¹⁷⁹³. À sa réunion du 2 octobre 2003, l'ORD a établi un Groupe spécial unique, comme l'avaient demandé les États-Unis et l'Australie, pour examiner conjointement les deux plaintes¹⁷⁹⁴. À la demande des États-Unis et de l'Australie, le Directeur général a déterminé la composition suivante du Groupe spécial : M. Miguel Rodríguez Mendoza (en qualité de Président) et M. Seung Wha

¹⁷⁸⁷ OMC, *Demande de consultations présentée par l'Australie*, WT/DS290/1, G/L/623, IP/D/25, G/TBT/D/27, 23 avril 2003.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ OMC, *Acceptation par les Communautés européennes des demandes de participation aux consultations*, WT/DS290/17, 28 mai 2003.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

¹⁷⁹¹ OMC, *Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS174/20, 19 août 2003.

¹⁷⁹² OMC, *Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par l'Australie*, WT/DS290/18, 19 août 2003.

¹⁷⁹³ S'agissant des États-Unis, voir le document *demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS174/20, 19 août 2003. Pour l'Australie, voir le document *demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par l'Australie*, WT/DS290/18, 19 août 2003.

¹⁷⁹⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 2 octobre 2003*, WT/DSB/M/156, 10 novembre 2003, p.9, §33. À sa réunion du 29 août 2003, l'ORD a reporté l'établissement de groupes spéciaux. Suite à une deuxième demande des États-Unis et de l'Australie, l'ORD a établi un seul Groupe spécial à sa réunion du 2 octobre 2003 (*ibid.*, p.7, §27).

Chang et M. Peter Kam-fai Cheung (en qualité de membres)¹⁷⁹⁵. L'Argentine, l'Australie (en ce qui concerne la plainte des États-Unis), le Brésil, le Canada, la Chine, la Colombie, les États-Unis (en ce qui concerne la plainte de l'Australie), le Guatemala, l'Inde, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Taipei chinois et la Turquie ont réservé leurs droits de participer aux travaux du Groupe spécial en qualité de tierces parties¹⁷⁹⁶.

545. La demande d'établissement d'un Groupe spécial mettait en cause le Règlement (CEE) n°2081/92 du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif à *la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires*, tel qu'il a été modifié, et les mesures de mise en œuvre et d'exécution y afférentes¹⁷⁹⁷. Les États-Unis demandaient au le Groupe spécial de constater que les mesures en cause sont incompatibles avec les obligations des Communautés européennes au titre des articles 1:1, 2:1 (du fait de son incorporation article 2 de la Convention de Paris), 3:1, 4, 16:1, 22:2, 41:1, 41:2, 41:4, 42, 44:1, 65:1, de l'Accord sur les ADPIC¹⁷⁹⁸. L'Australie, pour sa part, a demandé que le Groupe spécial constate que les mesures en cause sont incompatibles avec les obligations des Communautés européennes aux articles 1:1, 1:3, 3:1, 16:1, 22:2, 24:5, 41:1, 41:2, 41:3, 42 et 65:1 de l'Accord sur les ADPIC et article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC, incorporant les articles 2 1) et 2 2) et 10 bis 1) et 10 ter 1) de la Convention de Paris (1967)¹⁷⁹⁹.

546. Parmi les allégations présentées par les États-Unis et l'Australie, deux sont particulièrement importantes. En premier lieu, l'allégation que le Règlement européen n'accordait pas aux ressortissants non communautaires en ce qui a trait à la protection des indications géographiques non communautaires¹⁸⁰⁰. Les allégations des plaignants concernant le traitement national portaient sur cinq points : la disponibilité de la protection, la procédure de demande d'enregistrement des IG, la procédure d'opposition à l'enregistrement des IG, la structure de contrôle et, enfin, une prescription en matière d'étiquetage. Dans chaque cas, les

¹⁷⁹⁵ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis et de l'Australie*, WT/DS174/21, WT/DS290/19, 24 février 2004, p1.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p.2

¹⁷⁹⁷ Rapport précité 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, par. 2.1 et rapport précité 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, par. 2.1.

¹⁷⁹⁸ Aussi de constater l'incompatibilité des mesures en cause avec les obligations des Communautés européennes au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 (par. 3.1 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R).

¹⁷⁹⁹ De constater aussi l'incompatibilité des mesures en cause avec les obligations des Communautés européennes au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 ; aux articles 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC ; et à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC (par. 3.1 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R).

¹⁸⁰⁰ Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 323.

États-Unis et l'Australie ont tenté de démontrer que l'article 3 :1 de l'Accord sur les ADPIC et l'article III:4 du GATT de 1994, qui font référence au traitement national, ne sont pas respectés par certaines dispositions du règlement européen¹⁸⁰¹. En second lieu, l'allégation que le Règlement refusait aux titulaires de marques enregistrées antérieures le droit exclusif d'empêcher les tiers d'utiliser des indications géographiques postérieures entrant en conflit avec les premières¹⁸⁰². Contre cet argument, les Communautés européennes ont répondu que cette allégation est sans fondement pour plusieurs raisons : 1) l'article 14:3, du Règlement, en fait, empêche l'enregistrement d'IG dont l'utilisation entraînerait un risque de confusion avec une marque antérieure; 2) l'article 24:5 de l'Accord sur les ADPIC prévoit la coexistence d'IG et de marques antérieures; 3) l'article 24:3 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Communautés européennes à maintenir la "coexistence"; et 4) en tout état de cause, l'article 14: 2, du Règlement serait justifié en tant qu'exception limitée au titre de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁰³.

547. Il mérite d'être souligné que ce différend était concomitant aux négociations sur les indications géographiques tenues dans le cadre du mandat de Doha, concernant l'établissement d'un registre multilatéral pour les vins et les spiritueux et l'extension du niveau plus élevé de protection à des produits autres que les vins et spiritueux¹⁸⁰⁴. Il faut savoir en effet que les Communautés européennes attachent une importance particulière aux indications géographiques dont elles souhaiteraient voir renforcer la protection au plan multilatéral¹⁸⁰⁵. Mais, il existe une opposition quasi-philosophique entre les Communautés européennes, qui préfèrent les indications géographiques et les pays, appelés nouveaux producteurs dont font partie les États-Unis et l'Australie, qui préfèrent protéger les appellations (en particulier, pour les vins par des marques)¹⁸⁰⁶. Ce contexte comme l'affirme le Professeur Hélène Ruiz Fabri «

¹⁸⁰¹ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, pp. 27-127 et rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R, pp.40-31.

¹⁸⁰² Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, par. 7.512 et rapport précité du Groupe spécial WT/DS290/R, par. 7.516. Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 323.

¹⁸⁰³ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, par. 7.513 et rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R, par. 7.517.

¹⁸⁰⁴ C. Charlier, « La protection européenne des indications géographiques face au principe du traitement national de l'OMC », *Économie rurale*, 2007/3, n° 299, p.71. Disponible en ligne : <http://www.cairn.info/revue-economie-rurale-2007-3-page-70.htm>; C.Charlier (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁸⁰⁵ Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2004) », *Journal du Droit International*, 2005, p. 961.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.* Sur cette bataille, voir J. M. Cortés Martin, "The WTO TRIPS Agreement The Battle between the Old and the New World over the Protection of Geographical Indications", *The Journal. of World Intellectual Property*, 2004, vol.7, issue.3, pp. 287-326.

*n'est sans aucun doute pas indifférent à la plainte déposée par les États-Unis et l'Australie à l'encontre de la Communauté européenne »*¹⁸⁰⁷.

548. Le 15 mars 2005, les rapports du Groupe spécial ont été distribués aux Membres. Ce dernier a souscrit aux points de vue des deux parties au différend¹⁸⁰⁸. Il a en effet souscrit au point de vue des États-Unis et de l'Australie selon lequel le Règlement européen en matière d'indication géographique ne prévoit pas d'accorder le traitement national aux détenteurs de droits et aux produits des autres Membres de l'OMC, parce que: i) l'enregistrement d'une IG d'un pays extérieur de l'Union européenne était subordonné à ce que ce pays adopte un système de protection des IG équivalent au système des Communautés européennes et offrant une protection réciproque aux IG européennes ; et ii) les procédures prévues par le Règlement exigeaient que les demandes et les oppositions émanant des autres Membres de l'OMC soient examinées et transmises par les gouvernements de ces Membres, et exigent que ces gouvernements utilisent des systèmes de contrôle des produits similaires à ceux des États Membres des Communautés européennes. Par conséquent, les ressortissants étrangers ne bénéficiaient pas d'un accès garanti au système des CE pour leurs IG, à la différence des ressortissants des Communautés européennes¹⁸⁰⁹. Le Groupe spécial a aussi souscrit au point de vue des Communautés européennes selon lequel, bien que leur Règlement les autorise à enregistrer les indications géographiques même lorsqu'elles donnent lieu à un conflit avec une marque de commerce antérieure, celui-ci, tel qu'il est rédigé, est suffisamment limité pour être considéré comme une « exception limitée » aux droits afférents aux marques¹⁸¹⁰. Cependant, le Groupe spécial a accepté l'argument des États-Unis et de l'Australie voulant que l'Accord sur les ADPIC n'autorise pas la coexistence sans réserve des indications géographiques et de marques antérieures¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁷ H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2004) », *op.cit.*, p. 961.

¹⁸⁰⁸ Le contenu est semblable. En effet, deux rapports ont été distribués, l'un concerne les États-Unis, et l'autre l'Australie. Le rapport du Groupe spécial figurant dans le document WT/DS174/R relatif à la plainte des États-Unis et le rapport du Groupe spécial figurant dans le document WT/DS290/R relatif à la plainte de l'Australie.

¹⁸⁰⁹ Voir l'adresse suivante du lien officiel de l'OMC: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds174_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁸¹⁰ Ce mécanisme a été validé par le Groupe spécial sur le fondement de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC (invoqué par les Communautés européennes comme moyen de défense), ce qui laisse aux Membres la faculté d'instaurer des « exceptions limitées » au droit des titulaires de marques antérieures, en tenant compte des intérêts légitimes de ces derniers. Sur l'interprétation qu'en a fait le Groupe spécial de l'article 17, voir *infra*, §704 et s.

¹⁸¹¹ Voir l'adresse suivante du lien officiel de l'OMC: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds174_f.htm (consulté le 16 janvier 2016). Voir le rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, par. 8.1 ; rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R, par. 8.1. Pour une analyse approfondie de cette affaire, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 221-224 ; C. Charlier, « Le respect du traitement national dans le Règlement européen 2081/92 : une analyse du différend

549. Aucune des parties n'a fait appel. Les États-Unis et l'Australie (parties plaignantes) comme les Communautés européennes (partie défenderesse) étaient donc satisfaits de l'issue de ce différend sur les indications géographiques¹⁸¹². Le 20 avril 2005, l'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial¹⁸¹³.

C. L'affaire *États-Unis* — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)

Tableau n°18 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend *États-Unis* — Article 211, Loi portant ouverture de crédits (WT/DS176)¹⁸¹⁴

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁸¹⁵	Tierces parties participant à la procédure du Groupe spécial	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Défendeur	Articles 2, 3, 4 15, 16 et 42 de l'Accord sur les ADPIC et 62 de la Convention de Paris (1976)	Le Canada, le Japon et le Nicaragua	Demande de consultations	7 juillet 1999
				Établissement du Groupe spécial	26 septembre 2000
				Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	6 août 2001
Communautés européennes	États-Unis			Distribution aux Membres du rapport de l'Organe d'appel	2 janvier 2002

« Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires », in *Au nom de la qualité. Quelle(s) qualité(s) demain, pour quelle(s) demande(s)*, Actes du colloque SFER/ ENITA Clermont- Ferrand, 5-6 octobre 2005, pp. 441-447 ; du même auteur, « La protection européenne des indications géographiques face au principe du traitement national de l'OMC », *op.cit.*, pp. 70-83 ; C. Charlier and M-A. Ngo, « An Analysis of the Dispute European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs », *Journal of World Intellectual Property*, 2007, 10(3/4), pp. 171-186 ; E. Thévenod-Mottet, « Une décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC. Quels impacts pour la protection internationale des indications géographiques ? », *Économie rurale*, 2007/3, n° 299, pp. 58-69, disponible en ligne: <http://www.cairn.info/revue-economie-rurale-2007-3-page-58.htm> (consulté le 16 janvier 2016) ; D. Vivas-Eugui & M.J. Oliva, « The WTO dispute on trademarks and geographical indications: some implications for trade policy- making and negotiations », in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 122-141; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2004) », *op.cit.*, pp.961-968 ; C. Le Goffic, « Indications géographiques en droit européen », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles* Fasc. 270, 2011, §§154-163.

¹⁸¹² Ce qui ressort du *Compte rendu de la réunion de l'ORD tenue au Centre William Rappard le 20 avril 2005*, WT/DSB/M/188, 18 mai 2005, pp.10-à 15.

¹⁸¹³ *Ibid.*, p.15, §65.

¹⁸¹⁴ Titre abrégé du différend.

¹⁸¹⁵ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°18 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial et de l'Organe d'appel	1 ^{er} février 2002
--	--	--	--	--	------------------------------

550. Cette affaire est plus connue sous la dénomination « *Havana Club* ». Plus exactement, le conflit oppose *Bacardi-Martini* au groupe français *Pernod-Ricard* qui se disputent la marque « *Havana Club* »¹⁸¹⁶. Appuyant les intérêts de la société française Pernod Ricard, les Communautés européennes ont porté le conflit devant l'OMC¹⁸¹⁷.

551. Dans leur demande de consultations, les Communautés européennes ont allégué que l'article 211, qui avait été promulgué le 21 octobre 1998, n'autorisait pas l'enregistrement ou le renouvellement aux États-Unis d'une marque de commerce ou de fabrique, lorsque celle-ci avait été abandonnée antérieurement par un titulaire dont les biens commerciaux et les avoirs avaient été confisqués en vertu de la loi cubaine¹⁸¹⁸. Cet article prévoyait également qu'aucune juridiction des États-Unis ne reconnaîtra de tels droits s'ils sont revendiqués ni ne les fera respecter¹⁸¹⁹. Les Communautés européennes ont considéré que l'article 211 de la Loi générale des États-Unis sur les ouvertures de crédits n'était pas conforme aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, et en particulier de l'article 2 pris conjointement avec les articles 3, 4, 15 à 21, 41, 42 et 62 de la Convention de Paris¹⁸²⁰.

552. Les Communautés européennes et les États-Unis ont tenu des consultations les 13 septembre et 13 décembre 1999, mais n'ont pas pu arriver à une solution mutuellement satisfaisante¹⁸²¹. En conséquence, le 30 juin 2000, les Communautés européennes ont demandé l'établissement d'un Groupe spécial¹⁸²². À sa réunion du 26 septembre 2000, l'ORD a établi un Groupe spécial¹⁸²³. À la demande des Communautés européennes, le Directeur général a déterminé la composition du Groupe spécial suivante : M. Wade Armstrong (en qualité de Président) et M. François Dessemontet et M. Armand de Mestral (en qualité de

¹⁸¹⁶ EIS, « UE/ETATS-UNIS - Conflit sur le droit d'user du nom de "Havana Club" », *Europolitique*, 15 septembre 1999.

¹⁸¹⁷ Sur les démarches entreprises à cet égard, voir *supra*, § 98 et s.

¹⁸¹⁸ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes et leurs États membres*, WT/DS176/1, IP/D/20, 15 juillet 1999.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*

¹⁸²⁰ *Idem.*

¹⁸²¹ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes et leurs États membres*, WT/DS176/2, 7 juillet 2000, p.3.

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 26 septembre 2000*, WT/DSB/M/89, 23 octobre 2000, p.12, §56.

Membres)¹⁸²⁴. Le Canada, le Japon et le Nicaragua ont réservé leurs droits de participer à la procédure de Groupe spécial en tant que tierces parties¹⁸²⁵.

553. Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que les États-Unis, avec leur article 211 de la Loi générale¹⁸²⁶, ont manqué à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Paris¹⁸²⁷. Les Communautés européennes alléguent que l'article 211 de la Loi générale limitait la jouissance et l'existence de certaines marques et de certains noms commerciaux appartenant à certaines catégories de détenteurs de droits, à savoir, les ressortissants cubains ou les ayants cause étrangers¹⁸²⁸. De l'avis des Communautés européennes, l'article 211 de la Loi générale portent atteinte aux droits légitimes des titulaires de marques et des titulaires de noms commerciaux,

¹⁸²⁴ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres*, WT/DS176/3, 27 octobre 2000.

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ L'article 211 dispose ce qui suit : « a) 1) *Nonobstant toute autre disposition législative, aucune transaction ni aucun paiement n'est autorisé ou approuvé conformément à l'article 515.527 du Titre 31 du Code of Federal Regulations, tel qu'il est en vigueur au 9 septembre 1998, en ce qui concerne une marque ou un nom commercial identique ou pour l'essentiel similaire à une marque ou à un nom commercial qui était utilisé en rapport avec une entreprise ou des avoirs qui ont été confisqués, à moins que le titulaire initial de la marque ou du nom commercial, ou l'ayant cause de bonne foi, n'ait donné son consentement exprès. [a] 2) Aucun tribunal des États-Unis ne reconnaît une revendication de droits par un ressortissant désigné fondée sur des droits découlant de la "common law" ou sur l'enregistrement obtenu en vertu de l'article 515.527 d'une telle marque ou d'un tel nom commercial confisqué, ne donne effet à une telle revendication ni ne l'entérine d'une autre manière.*

b) *Aucun tribunal des États-Unis ne reconnaît une revendication de droits découlant d'un traité par un ressortissant désigné ou son ayant cause, au titre de l'article 44 b) ou e) de la Loi de 1946 sur les marques (15 U.S.C. 1126 b) ou e)), en ce qui concerne une marque ou un nom commercial identique ou pour l'essentiel similaire à une marque ou à un nom commercial qui était utilisé en rapport avec une entreprise ou des avoirs qui ont été confisqués, ne donne effet à une telle revendication ni ne l'entérine d'une autre manière, à moins que le titulaire initial de cette marque ou de ce nom commercial, ou l'ayant cause de bonne foi, n'ait donné son consentement exprès.*

c) *Le Secrétaire au Trésor promulgue les règles et règlements qui sont nécessaires pour exécuter les dispositions du présent article.*

d) *Dans le présent article:*

1) *L'expression "ressortissant désigné" a le sens que lui confère l'article 515.305 du Titre 31 du Code of Federal Regulations, tel qu'il est en vigueur au 9 septembre 1998, et recouvre le ressortissant de tout pays étranger qui est l'ayant cause d'un ressortissant désigné.*

2) *Le terme "confisqué" a le sens que lui confère l'article 515.336 du Titre 31 du Code of Federal Regulations, tel qu'il est en vigueur au 9 septembre 1998* » (rapport précité du Groupe spécial, États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, WT/DS176/R, par. 2.1).

¹⁸²⁷ En somme, l'article 211 de la Loi générale portant ouverture de crédits des États-Unis, était à confronter à plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Paris. Les Communautés européennes ont allégué que : i) l'article 211 a) 1) est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 6quinquies A 1) de la Convention de Paris et l'article 15:1 de l'Accord sur les ADPIC ; ii) l'article 211 a) 2) est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 2 1), 6bis 1) et 8 de la Convention de Paris, et les articles 3:1, 4, 16:1 et 42 de l'Accord sur les ADPIC ; et iii) l'article 211 b) est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 2 1), 6bis 1) et 8 de la Convention de Paris et les articles 3:1, 4, 16:1 et 42 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport précité du Groupe spécial, États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, WT/DS176/R, par. 3.1 et 3.3.

¹⁸²⁸ Par. 4.4 et 4.5 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R.

annulant et compromettant ainsi les droits des Communautés européennes¹⁸²⁹. Les États-Unis soutenaient que l'Accord sur les ADPIC ne leur impose pas de reconnaître et de faire respecter les marques utilisées en rapport avec des avoirs qui ont été confisqués (c'est-à-dire expropriés sans indemnisation) à leurs propriétaires légitimes¹⁸³⁰.

554. Le Groupe spécial chargé de l'affaire a distribué son rapport le 6 août 2001 en rejetant toutes les allégations des Communautés européennes à l'exception de celles qui se rapportaient à l'incompatibilité de l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC¹⁸³¹. À cet égard, le Groupe spécial a constaté que l'article 211a)2) de la Loi générale portant ouverture de crédits limitait, dans certaines circonstances, l'accès effectif des détenteurs de droits aux procédures judiciaires civiles et la disponibilité (« availability ») de ces procédures, ce qui est incompatible avec les prescriptions de l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC¹⁸³².

555. À l'évidence c'est une maigre victoire pour les Communautés européennes¹⁸³³, ce qui a motivé leur décision de faire appel de certaines questions de droit et d'interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial¹⁸³⁴. Par ailleurs, s'il est vrai que les américains savouraient leur victoire dans ce dossier¹⁸³⁵, ils ont également fait appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial¹⁸³⁶.

556. Dans son rapport, distribué aux Membres le 2 janvier 2002, l'Organe d'appel a renversé un certain nombre des conclusions du Groupe spécial. Il a en effet infirmé les conclusions du Groupe spécial et conclu, en ce qui concerne la protection des marques de fabrique ou de commerce, que les articles 211 a) 2) et b) de la *Loi générale portant ouverture de crédits* étaient contraires aux obligations en matière de traitement national et de nation la

¹⁸²⁹ Par. 3.2 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R. Les Communautés européennes ont indiqué que leurs intérêts économiques dans cette affaire sont importants. Elles ont souligné que l'article 211 a déjà eu une incidence directe sur au moins une marque notoirement connue de grande valeur commerciale (Havana Club pour les boissons alcooliques)(*ibid.*, par. 4.13)

¹⁸³⁰ Par. 4.14 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R. En droit américain - selon aussi bien l'article 211 qu'une jurisprudence établie de longue date - ceux dont la revendication d'une marque est fondée sur la confiscation d'avoirs sans indemnisation ne peuvent pas revendiquer des droits de propriété aux États-Unis sans le consentement des propriétaires dont les avoirs ont été confisqués (*ibid.*).

¹⁸³¹ Par. 9.1 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R.

¹⁸³² *Ibid.*, par. 8.102.

¹⁸³³ EIS, « UE/ÉTATS-UNIS/CUBA - Une maigre victoire pour l'UE dans le dossier du rhum », *Europolitique*, 1 septembre 2001.

¹⁸³⁴ OMC, *Notification d'un appel des Communautés européennes présentée conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS176/5, 4 octobre 2001.

¹⁸³⁵ EIS, « La décision de l'OMC au sujet du rhum est "partagée", selon la commission », *Europolitique*, 11 juillet 2001.

¹⁸³⁶ Par. 1 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R.

plus favorisée découlant de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Paris¹⁸³⁷. L'Organe d'appel a également infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 211 a) 2) était incompatible avec l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC, au motif que les droits prévus à l'article 42 étaient des droits procéduraux (puisqu'ils ont trait aux droits disponibles dans le cadre de procédures judiciaires civiles), tandis que les droits prévus à l'article 211 sont des droits fondamentaux (parce qu'ils concernent la propriété d'une catégorie définie de marques et de noms commerciaux)¹⁸³⁸. L'Organe d'appel a conclu que l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC ne réglait pas la question de la propriété, mais reconnaissait plutôt des droits procéduraux tant aux titulaires d'un droit de propriété intellectuelle qu'à d'autres personnes habilitées à revendiquer le droit¹⁸³⁹. Il a confirmé les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles l'article 211 n'était pas contraire aux obligations découlant pour les États-Unis de l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC (pris conjointement avec l'article 6 *quinquies* A 1) de la Convention de Paris), ainsi que des articles 15 et 16 dudit accord. Il a également confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 211 b) était compatible avec l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial figurant dans son rapport selon laquelle les noms commerciaux ne sont pas couverts par l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁴⁰ et a terminé son examen par la conclusion que les articles 211 a) 2 et b) étaient compatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les ADPIC (pris conjointement avec l'article 8 de la Convention de Paris)¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁷ Voir le lien officiel de l'OMC, http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds176_f.htm (consulté le 16 janvier 2016). L'Organe d'appel a condamné ce texte américain, au motif qu'il est en contradiction avec deux principes fondamentaux de l'Accord sur les ADPIC. D'abord, avec le principe du traitement national (prévu à l'article 2. 1 de la Convention de Paris et l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC), puisqu'il ne s'applique pas de la même manière pour les entreprises américaines et non-ressortissants des États-Unis, c'est-à-dire les étrangers. Ensuite, avec le principe de la nation la plus favorisée (prévu à l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC), dans la mesure où la disposition américaine ne s'applique qu'aux ressortissants cubains. Voir les constatations et conclusions de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, paragraphes 233-296 (en ce qui concerne l'obligation d'accorder le traitement national) et les paragraphes 297-319 en ce qui concerne l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée.

¹⁸³⁸ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 195 ; H. Gherari, « Droit international privé, L'affaire « Havana club » devant l'O.M.C », *op.cit.*, pp. 4-7.

¹⁸³⁹ Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, par. 203-232. Voir également D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 195.

¹⁸⁴⁰ L'Organe d'appel a affirmé que les Membres de l'OMC ont l'obligation en vertu de l'Accord sur les ADPIC d'assurer la protection des noms commerciaux. Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, par. 341. Sur le raisonnement juridique suivi par l'Organe d'appel sur cette question, voir *infra*, §714 et s.

¹⁸⁴¹ Rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, par. 359. Sur cette décision, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 194-196 ; « (UE) UE/Etats-Unis- l'OMC a jugé discriminatoire la "section 211" de la loi américaine », *Agence Europe*, 4 janvier 2002 ; L. Tovi, « Guerre du rhum - l'OMC rend un verdict à double tranchant », *Les Echos*, Le quotidien de l'Economie, 4 janvier 2002, p. 10, disponible en ligne : http://www.lesechos.fr/04/01/2002/LesEchos/18565-044-ECH_guerre-du-rhum--l-omc-rend-un-verdict-a-double-tranchant.htm (consulté le 16 janvier 2016) ; C. Charlier, "Mandatory regulation versus discretionary regulation, unilateralism, and national treatment: an analysis of the United States-Section 211 Omnibus

557. Conscient du caractère politiquement sensible des questions abordées, l'Organe d'appel a pris soin de préciser à la fin de son rapport à titre de « remarques finales », que « *la présente décision n'est pas un jugement sur la confiscation tel que ce terme est défini à l'article 211. Nous ne sommes pas saisis de la question de la validité de l'expropriation des droits de propriété intellectuelle ou d'autres droits de propriété quels qu'ils soient sans indemnisation par un Membre de l'OMC sur son propre territoire. Nous n'exprimons aucun avis, et nous ne sommes pas tenus d'exprimer un avis dans le présent appel, sur le point de savoir si un Membre de l'OMC devrait ou ne devrait pas reconnaître sur son propre territoire les marques, les noms commerciaux ou tous autres droits afférents aux droits de propriété intellectuelle ou à d'autres droits de propriété, qui pourraient avoir fait l'objet d'une expropriation ou avoir été autrement confisqués sur d'autres territoires* »¹⁸⁴².

558. La Commission européenne s'est félicitée de ce verdict tout comme Pernod Ricard¹⁸⁴³. « *Nous sommes extrêmement satisfaits que l'Union Européenne ait pu faire prévaloir sa position* », a déclaré Jean Rodesch, alors directeur des affaires européennes de Pernod Ricard¹⁸⁴⁴. Il a également ajouté que « *cette décision renforce la position de Havana Club International devant les tribunaux américains qui ne pourront plus se fonder sur l'existence de la Section 211 pour refuser de statuer dans tout litige sur la propriété de la marque Havana Club aux États-Unis* »¹⁸⁴⁵.

Appropriations Act of 1998 dispute”, in Carlos M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 283-297.

¹⁸⁴² Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 362. Dans un communiqué de presse, le bureau du représentant américain pour le commerce (USTR), Robert Zoellick, a noté que “*WTO report confirms the longstanding U.S. position that WTO intellectual property rights rules leave WTO Members free to protect trademarks by establishing their own trademark ownership criteria. The ruling does not call into question the distinction that the U.S. law in question (section 211 of the FY1999 Omnibus Appropriations Act) draws between original trademark owners and companies that acquire a trademark as part of a government confiscation*”. USTR, “*WTO Issues Report Upholding Key Aspects of U.S. Law in Trademark Dispute*”, Press Release, 2 January 2002. Disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=2424&lan=EN> (consulté le 16 janvier 2016). Selon Fabian Delcros, expert des questions commerciales à la Commission, l'Union européenne n'a effectivement pas gagné sur ce point « systémique », puisque le rapport confirme que: 1) la section 211 ne détermine pas qui est le propriétaire de la marque, 2) l'Accord sur les ADPIC ne contient pas d'obligations précises encadrant le pouvoir d'un État d'allouer la propriété d'une marque. Voir « (UE) UE/ETATS-UNIS-l'OMC a jugé discriminatoire la "section 211" de la loi américaine », *Agence Europe*, 4 janvier 2002.

¹⁸⁴³ EIS, « UE/ETATS-UNIS/CUBA - succès de l'UE à l'OMC dans l'affaire du rhum "Havana Club" », *Europolitique*, 5 janvier 2002.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ *Idem.*

559. À sa réunion du 1^{er} février 2002, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial, confirmé par l'Organe d'appel¹⁸⁴⁶. Au cours de cette réunion, la délégation des États-Unis a déclaré que même si elle était déçue que l'Organe d'appel eût conclu à l'incompatibilité de certains aspects de l'article 211 avec les règles de l'OMC, elle était toutefois satisfaite que la décision confirme la position de longue date des États-Unis, selon laquelle l'Accord sur les ADPIC n'empêchait pas les Membres de l'OMC d'établir pour les marques de fabrique ou de commerce des critères de propriété excluant la possibilité de revendiquer une titularité après une confiscation¹⁸⁴⁷.

§3. Dans le domaine du droit d'auteur et des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle

560. Il s'agit de deux affaires. L'une a trait spécifiquement au domaine du droit d'auteur (A), l'autre à une combinaison de mesures affectant la protection du droit d'auteur et les moyens de le faire respecter (B).

A. L'affaire *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)*

Tableau n°19 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)*¹⁸⁴⁸

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁸⁴⁹	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	Défendeur	Articles 9 et 13 de l'Accord sur les ADPIC et articles 11 et 11 bis de la Convention de Berne (1971)	Australie, Brésil, Canada, le Japon, Suisse	Demande de consultations	26 janvier 1999
				Établissement du Groupe spécial	26 mai 1999
Communautés européennes ¹⁸⁵⁰	États-Unis			Distribution aux Membres du rapport du Groupe spécial	15 juin 2000
				Adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	27 juillet 2000

¹⁸⁴⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} février 2002*, WT/DSB/M/119, 6 mars 2002, p.9, §37.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, pp. 5-6, § 25.

¹⁸⁴⁸ Titre abrégé du différend.

¹⁸⁴⁹ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°19 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁸⁵⁰ Selon la terminologie utilisée dans la procédure.

561. Ce différend a opposé les Communautés européennes contre les États-Unis au sujet de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, telle qu'elle a été modifiée par la "Loi sur la loyauté dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" promulguée le 27 octobre 1998¹⁸⁵¹. Dans leur demande de consultations, datée du 26 janvier 1999, les Communautés européennes soutenaient que l'article 110 5) de la dite Loi des États-Unis sur le droit d'auteur permettait, dans certaines conditions, de faire écouter de la musique radio ou télédiffusée dans des lieux publics (tels que des bars, des magasins, des restaurants, etc.) sans avoir à acquitter de redevance. Les Communautés européennes considéraient que cette disposition était incompatible avec les obligations que les États-Unis avaient contractées au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, en vertu duquel les Membres devaient se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne¹⁸⁵². Il convient de rappeler que la plainte des Communautés européennes fait suite à la plainte privée déposée par la société irlandaise de gestion collective « *Irish Music Rights Organisation* » (IMRO) avec le soutien unanime du Groupe européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC) dans le cadre du *Règlement sur les obstacles au commerce* (ROC)¹⁸⁵³.

562. Les Communautés européennes et les États-Unis ont tenu des consultations le 2 mars 1999. Ces consultations ont certes permis de mieux comprendre les positions respectives, mais n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant du différend¹⁸⁵⁴. En conséquence, le 15 avril 1999, les Communautés européennes ont alors demandé l'établissement d'un Groupe spécial¹⁸⁵⁵. À sa réunion du 26 mai 1999, l'ORD a établi un Groupe spécial¹⁸⁵⁶. À la demande des Communautés européennes, le Directeur général a déterminé la composition du Groupe spécial¹⁸⁵⁷. Celui-ci se compose de : Carmen Luz Guarda (en qualité de Présidente) et Arumugamangalam V. Ganesan et Ian F. Sheppard (en qualité de

¹⁸⁵¹ OMC, *Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, IP/D/16, WT/DS160/1.

¹⁸⁵² *Ibid.*, p. 1.

¹⁸⁵³ Sur cette affaire, voir *infra* §96 et s.

¹⁸⁵⁴ OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes et leurs États membres*, WT/DS160/5, 16 avril 1999, p.2.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*

¹⁸⁵⁶ ORD, *Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 26 mai 1999*, WT/DSB/M/62, 2 juillet 1999, pp. 4-5.

¹⁸⁵⁷ Le 27 juillet 1999, (faute d'accord entre les parties) les Communautés européennes ont demandé au Directeur général, conformément à l'article 8:7 du Mémoire d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial. OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, Note du Secrétariat, WT/DS160/6, 6 août 1999.

Membres)¹⁸⁵⁸. L'Australie, le Brésil, le Canada, le Japon et la Suisse ont réservé leurs droits de participer à la procédure de Groupe spécial en tant que tierces parties¹⁸⁵⁹.

563. En l'espèce, la contestation des Communautés européennes portait plus précisément sur deux exceptions prévues par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis¹⁸⁶⁰. La première, énoncée à l'alinéa A de l'article 110 5) et dite « exception pour usage de type privé »¹⁸⁶¹, autorisait les petits restaurants et les petits magasins de vente au détail à amplifier de la musique radiodiffusée sans autorisation du détenteur du droit et sans verser de droit, à condition qu'ils n'utilisent que du matériel pour usage de type privé, c'est-à-dire du matériel d'un modèle couramment utilisé dans les foyers¹⁸⁶². La deuxième, énoncée à l'alinéa B de l'article 110 5) et dite « exception pour usage dans des entreprises commerciales »¹⁸⁶³, autorisait essentiellement l'amplification de musique radiodiffusée, sans qu'il soit nécessaire de demander une autorisation ni de verser des droits, par des établissements de restauration ou des débits de boissons, ainsi que par des établissements de vente au détail, à condition que leur taille ne dépasse pas une certaine superficie en pieds carrés¹⁸⁶⁴. Elle autorise également l'amplification de musique radiodiffusée par des établissements dépassant cette superficie, à condition qu'ils respectent certaines limitations relatives au matériel¹⁸⁶⁵. Les Communautés européennes alléguaient que ces deux mesures

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ *Idem.*

¹⁸⁶⁰ Les dispositions de l'article 110 5) établissent des exceptions aux droits exclusifs accordés aux titulaires du droit d'auteur au titre de l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur en ce qui concerne certaines représentations ou exécutions et présentations (par. 2.1 du rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R).

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, par. 2.4 à 2.6.

¹⁸⁶² Voir l'adresse suivante du lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds160_f.htm (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁸⁶³ Avec la modification de 1998, un nouvel alinéa B) a été ajouté à l'article 110 5). Voir le rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R, par. 2.9.

¹⁸⁶⁴ Voir l'adresse suivante du lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds160_f.htm (consulté le 16 janvier 2016). Cette dernière exception s'applique, sous certaines conditions, à la communication par un établissement d'une émission ou d'une retransmission comprenant l'exécution ou la présentation d'une œuvre musicale non dramatique destinée à être reçue par le grand public, émise par une station de radiodiffusion ou de télévision agréée en tant que telle par la Commission fédérale des communications ou, s'il s'agit d'une transmission audiovisuelle, par un réseau de distribution par câble ou un organisme d'acheminement par satellite (Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R, par. 2.9). Les bénéficiaires de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales sont divisés en deux catégories: les établissements autres que les établissements de restauration ou débits de boissons (« établissements de vente au détail ») et les établissements de restauration et débits de boissons. Dans chaque catégorie, les établissements d'une superficie inférieure à une certaine limite sont visés par l'exception, quelque soit le type de matériel qu'ils utilisent. Les limites de superficie sont 2 000 pieds carrés bruts (186 m²) pour les établissements de vente au détail et 3 750 pieds carrés bruts (348 m²) pour les restaurants (*ibid.*, par. 2.10).

¹⁸⁶⁵ Voir l'adresse suivante du lien officiel de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds160_f.htm (consulté le 16 janvier 2016). Les limites concernant le matériel sont différentes en ce qui concerne, d'une part, les exécutions audio et, d'autre part, les exécutions et présentations audiovisuelles. Les règles régissant les limitations relatives au matériel sont les

des États-Unis étaient incompatibles avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11 1) 2¹⁸⁶⁶ et 11bis1) 3 de la Convention de Berne (1971)¹⁸⁶⁷ et qu'elles ne peuvent être justifiées au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible en vertu de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁶⁸.

564. À cette allégation, les États-Unis ont répondu que l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur est pleinement compatible avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ils se défendent en invoquant la doctrine des « exceptions mineures » qui permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur¹⁸⁶⁹. Selon eux, cette doctrine applicable en vertu de certaines dispositions de la Convention de Berne, est incorporée dans l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁷⁰. Ils ont fait valoir que les exceptions énoncées à l'article 110 5) sont justifiées conformément à la norme définie à l'article 13 qui énonce les conditions à appliquer pour évaluer le caractère approprié de ces limitations ou exceptions¹⁸⁷¹.

565. L'examen de l'affaire par le Groupe spécial était pour le moins très complexe. Plusieurs aspects liés au règlement du différend devaient être clarifiés, notamment ceux concernant la pertinence de « la doctrine des exceptions mineures » dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et de la portée de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁷². Après cet examen, qui a conduit à l'application de l'article 13 au présent différend, le Groupe spécial a procédé à l'analyse des conditions régissant l'invocation des exceptions énoncée à cet article

mêmes pour les établissements de vente au détail et pour les restaurants au-delà des limites de superficie respectives (*ibid.*, par. 2.14 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R).

¹⁸⁶⁶ L'article 11. 1) de la Convention de Berne (1971) dispose ce qui suit:

« Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser:

1° la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous les moyens ou procédés;

2° la transmission publique par tous moyens de la représentation ou de l'exécution de leurs œuvres ». (Caractères gras ajoutés).

¹⁸⁶⁷ Le sous-alinéa 3 de l'article 11bis 1) dispose que : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée ».

¹⁸⁶⁸ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R, par. 3.1.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, par. 3.3 et 6.30. Cette doctrine dite aussi des "petites réserves" ou "exceptions mineures" est mentionnée au sujet du droit d'exécution publique et de certains autres droits exclusifs. En vertu de cette doctrine, les membres de l'Union de Berne peuvent assortir d'exceptions mineures les droits prévus, entre autres, aux articles 11bis et 11 de la Convention de Berne de 1971 (*ibid.*, par. 6.48).

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, par. 3.3 et 6.30.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, par. 3.3.

¹⁸⁷² Sur le statut juridique et la portée de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, voir *infra*, § 660 et s.

afin de se prononcer sur la compatibilité des deux exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis avec ledit article¹⁸⁷³.

566. Aux termes d'un long examen, le 15 juin 2000, le Groupe spécial a distribué aux Membres son rapport donnant partiellement raison aux Communautés européennes. En effet, s'agissant de l'exception « *pour usage dans des entreprises commerciales* » énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, le Groupe spécial a constaté qu'elle ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et était, par conséquent, incompatible avec les articles 11 bis 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC à l'article 9:1 de cet accord¹⁸⁷⁴. En revanche, s'agissant de l'exception « *pour usage de type privé* » énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, le Groupe spécial a conclu qu'elle satisfaisait pleinement aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et était, par conséquent, compatible avec les articles 11 bis 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne tels qu'ils avaient été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord¹⁸⁷⁵.

567. Les deux parties même si elles étaient déçues par certaines conclusions du Groupe spécial, n'ont pas fait appel¹⁸⁷⁶. À la réunion de l'ORD, tenue le 27 juillet 2000, le rapport du Groupe spécial a été adopté¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷³ Voir *infra* 693 et s.

¹⁸⁷⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi s des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, rendu le 15 juin 2000, par. 7.1 b).

¹⁸⁷⁵ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi s des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 7.1.a).

¹⁸⁷⁶ Les Communautés européennes ont déclaré qu'elles étaient satisfaites des conclusions du Groupe spécial au sujet de l'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, qui avait été jugée incompatible avec les obligations incombant aux États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC. La conclusion du Groupe spécial au sujet de l'alinéa A) de la Loi causait toutefois des préoccupations systémiques aux Communautés européennes. (Voir OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 27 juillet 2000*, WT/DBS/M/86, 20 septembre 2000, p.16, § 67). De même, les États-Unis ont également indiqué qu'ils étaient déçus de la conclusion du rapport concernant l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, selon laquelle il était incompatible avec l'Accord sur les ADPIC. Mais, étant donné que le Groupe spécial a confirmé la licéité de l'article 110 5) A) de la Loi -qui prévoit une exception pour usage de type privé-, les États-Unis n'ont pas fait appel. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 27 juillet 2000*, WT/DBS/M/86, 20 septembre 2000, p. 16, § 68 et la Communication des États-Unis, document WT/DS160/9, 31 août 2000.

¹⁸⁷⁷ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 27 juillet 2000*, WT/DBS/M/86, 20 septembre 2000, p. 19, § 79. La décision du Groupe spécial a été très commentée. Pour la littérature francophone, voir J. C. Ginsburg, « Vers un droit supranational? La décision du Groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, traduction française de Margaret Platt-Hommel, 2001, n°187, pp. 2-64 ; A. Françon, « Organisation Mondiale du Commerce. Règlement des différends. Prise de position du groupe spécial de l'OMC sur l'interprétation de l'article 9, alinéa 2 de la convention de Berne », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, avril-juin 2001, 54 (2), pp. 440-442 ; Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, pp.12-17 ; du même auteur, « Les exceptions. La méthode suivie et les résultats obtenus », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2002, n°2, pp. 17-24 ; A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la

568. Le Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC), qui a soutenu la plainte d'« IMRO », a félicité la Commission européenne et, en premier lieu, le commissaire Lamy du succès de cette affaire, qui marque une étape importante dans la mise en œuvre effective des normes internationales en matière de droit d'auteur¹⁸⁷⁸. Le GESAC a considéré que ce verdict, « *confirme l'importance économique du droit d'auteur et le rôle de gardien de l'accord ADPIC (...) joué par l'OMC* »¹⁸⁷⁹. C'est une « *victoire considérable puisque près de 28 millions d'euros sont perdus chaque année par les auteurs et compositeurs européens du fait de l'exemption américaine qui concerne notamment près de 70% des bars et restaurants des États-Unis* », affirme le groupement¹⁸⁸⁰. L'Association Internationale des Auteurs de l'Audiovisuel (AIDAA) a salué également cette décision en la qualifiant de « *victoire pour les auteurs* »¹⁸⁸¹.

lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis– Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *in mélanges dédiés à Adolf Dietz*, Verlag C.H.Beck München, 2001, pp. 423-433 ; H. Ruiz Fabri, «Organisation Mondiale du Commerce .Chronique du règlement des différends (2000) », *op.cit.*, pp. 919-922. S'agissant de la littérature anglophone, voir M. Ficsor, "How Much of What? The "Three-Step Test" and its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 2002, n°192, pp.111-251 ; D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence.The First Six Years and Beyond", *op.cit.*, pp. 192-204 ; S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *op.cit.*, pp. 763-777 ; R.Okediji, "Toward an International Fair use Doctrine", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2000, vol. 39, pp. 75- 175 ; D. J. Brennan, "The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam", *Intellectual Property Quarterly*, 2002, 2, pp. 212-225 ; D. J. Gervais, "Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Winter 2005, vol.9, pp. 1-35 ; A. J. Lapter, "The WTO's Dispute Resolution Mechanism: Does the United States Take it Seriously? A TRIPs Analysis", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 2005, vol.4, pp. 217-261 ; D. Shabalala, "United States-Section 110(5) of the US Copyright Act/ summary and analysis", *in* C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 142-190 ; du même ouvrage, M. S. Cruz, "WTO panel on United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act", pp. 191-214.

¹⁸⁷⁸ «UE/OMC/États-Unis. Les auteurs et compositeurs européens se félicitent du verdict de l'OMC condamnant le régime américain des droits d'auteur », *Agence EUROPE*, 29 avril 2000 ; «Victoire des compositeurs européens de musique devant l'OMC », *Europolitique*, 29 avril 2000.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ *Idem.*

¹⁸⁸¹ «Victoire des compositeurs européens de musique devant l'OMC », *Europolitique*, 29 avril 2000.

B. L'affaire Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter (WT/DS362)

Tableau n°20 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend Chine — Droits de propriété intellectuelle (WT/DS362)¹⁸⁸²

Parties au différend		Dispositions de l'Accord sur les ADPIC prétendument violées ¹⁸⁸³	Tierces parties	Chronologie des étapes essentielles de la procédure	
Plaignant	États-Unis	-Articles 9, 41, 46, 59 et 61 de l'Accord sur les ADPIC	Argentine, Australie, Brésil, Canada, Communautés européennes, Corée, Inde, Japon, Mexique, Taïpei chinois, Thaïlande, Turquie	Demande de consultations	10 avril 1997
				Établissement du Groupe spécial	25 septembre 2007
Défendeur	Chine	-Convention de Berne (1971)		Distribution du rapport du Groupe spécial	13 novembre 2008
				Adoption du rapport	20 mars 2009

569. Cette affaire fait suite aux divers avertissements des autorités américaines à la Chine¹⁸⁸⁴. Le Représentant américain pour les questions commerciales internationales (USTR) l'a même placé en 2006 en tête de la « *Priority Watch List* » de la Spécial 301¹⁸⁸⁵. Les États-Unis ont fini, ensuite, par mettre leur menace à exécution et par recourir au système de règlement des différends de l'OMC. Le 10 avril 2007, les États-Unis ont, en effet, demandé l'ouverture de consultations avec la Chine au sujet de certaines mesures relatives à la protection et au respect des droits de propriété intellectuelle en Chine. Cette demande de consultations soulève plus exactement quatre questions autour desquelles les mesures

¹⁸⁸² Titre abrégé du différend.

¹⁸⁸³ Les violations alléguées figurant dans le tableau n°20 ci-dessus sont celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un Groupe spécial.

¹⁸⁸⁴ P. K. Yu, "The U.S.–China Dispute over TRIPS Enforcement", *op.cit.*, p. 2 ; T. Bender, "How to Cope with China's (Alleged) Failure to Implement the TRIPS Obligations on Enforcement", *The Journal of World Intellectual Property*, 2006, vol. 9, issue 2, p. 240. À ce propos, rappelons que la Chine n'est Membre de l'Organisation que depuis le 11 décembre 2001. Bien évidemment, en accédant à l'OMC, la Chine s'est engagée à respecter les accords de l'OMC, y compris l'Accord sur les ADPIC. C'est la raison pour laquelle, entre autres, une nouvelle législation sur les marques, le droit d'auteur et les brevets a été mise en place fin 2001. Sur ces transpositions du droit OMC en matière de propriété intellectuelle en droit chinois, voir L. Choukroune, « Chine-OMC. L'État de droit par l'ouverture au commerce international ? », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, septembre 2002, n°6, p. 664 ; K. E. Maskus, "Intellectual Property Rights in the WTO Accession package: Assessing China's Reforms", December 16, 2002, pp.1-26, en ligne: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/maskustrips.pdf> (consulté le 16 janvier).

¹⁸⁸⁵ Voir le rapport de l'USTR disponible à l'adresse suivante: <https://ustr.gov/sites/default/files/2006%20Special%20301%20Report.pdf> (consulté le 16 janvier).

appliquées par la Chine semblaient incompatibles avec diverses dispositions de l'Accord sur les ADPIC¹⁸⁸⁶.

- 1) les seuils pour les procédures pénales et les peines¹⁸⁸⁷ ;
- 2) la mise hors circuit des marchandises confisquées par les autorités douanières qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle¹⁸⁸⁸ ;
- 3) le 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 Chine¹⁸⁸⁹ ;

¹⁸⁸⁶ OMC, *Demande de consultations présentée par les Etats-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007. Pour une description de ces quatre questions soulevées dans la plainte américaine contre la Chine, voir également A. Roy, "A New Dispute Concerning the TRIPS Agreement: The United States and China in the WTO", *The Journal of World Intellectual Property*, 2007, vol. 10, n°6, pp.478-481.

¹⁸⁸⁷ La première question concerne en effet les seuils qui doivent être atteints pour que certains actes de contrefaçon de marques et de piratage du droit d'auteur fassent l'objet de procédures pénales et de peines. Le code pénal de la Chine prévoyait des seuils qu'il fallait atteindre pour pouvoir engager des poursuites pénales ou obtenir une condamnation pénale en cas de piratage du droit d'auteur ou de contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce. Les États-Unis croient comprendre que les actes de contrefaçon de marques et de piratage du droit d'auteur commis à l'échelle commerciale en Chine qui n'atteignent pas ces seuils ne font pas l'objet de procédures pénales ni de peines en Chine. Les États-Unis avançaient que le fait qu'il n'y a pas de procédures pénales ni de peines pour la contrefaçon et le piratage à l'échelle commerciale en Chine à la suite des seuils apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre des articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC. OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007, pp. 1-2.

¹⁸⁸⁸ La deuxième question concerne les marchandises portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle qui sont confisquées par les autorités douanières chinoises, en particulier la mise hors circuit de ces marchandises après l'élimination de leurs éléments portant atteinte aux droits. Les règles douanières de la Chine indiquaient la procédure à suivre par les autorités douanières de ce pays lorsque des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle étaient confisquées à la frontière. Selon les États-Unis la prescription imposant de mettre en circulation des marchandises portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle dans les circuits commerciaux dans les circonstances prévues par les mesures en cause apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC. OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007, p.3.

¹⁸⁸⁹ La troisième question concerne le refus d'assurer la protection et le respect du droit d'auteur et des droits connexes pour les œuvres créatives d'auteurs, les enregistrements sonores et les exécutions qui n'ont pas été autorisées en vue de la publication ou de la distribution en Chine. Selon les États-Unis, il apparaît, à titre d'exemple, que des œuvres qui doivent être soumises à un examen aux fins de la censure (ou à d'autres formes d'examen avant publication ou avant distribution) avant d'être admises sur le marché chinois ne sont pas protégées par le droit d'auteur tant que l'examen n'a pas été achevé et tant que la publication et la distribution en Chine n'ont pas été autorisées. En conséquence, d'après les États-Unis, il apparaît que les auteurs d'œuvres dont la publication ou la distribution n'ont pas été autorisées (et dont la publication ou la distribution sont donc interdites) ne bénéficient pas des normes minimales de protection spécialement accordées par la Convention de Berne pour ces œuvres (et ne peuvent 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 outre, d'après les États-Unis, il apparaît que les droits 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. Ce qui précède apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. En outre, aux termes de l'article 14 de l'Accord sur les ADPIC, la Chine doit ménager aux artistes interprètes ou exécutants, entre autres choses, la possibilité d'empêcher certains actes, et donner aux producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs enregistrements sonores (à savoir, les droits connexes). Dans la mesure où la Loi sur le droit d'auteur dénie aussi la protection de ces droits aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs d'enregistrements sonores pendant la durée de toute interdiction avant publication ou avant distribution, elle apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 14 de l'Accord sur les

4) l'impossibilité de recourir à des procédures pénales et à des peines dans le cas d'une personne qui effectue, soit la reproduction non autorisée soit la distribution non autorisée d'œuvres protégées par le droit d'auteur¹⁸⁹⁰.

570. Le Canada, les Communautés européennes, le Japon et le Mexique ont fait savoir à l'ORD qu'ils désiraient être admis à participer aux consultations demandées par les États-Unis, conformément à l'article 4:11 du Mémoire d'accord. Par la suite, la Chine a informé l'ORD qu'elle acceptait ces demandes¹⁸⁹¹.

571. 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 différend¹⁸⁹². Par conséquent, ils ont demandé le 13 août 2007, l'établissement d'un Groupe spécial¹⁸⁹³. À la réunion du 31 août 2007 de l'ORD, les États-Unis

ADPIC. De plus, il apparaît que les mesures en cause prévoient 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. Dans la mesure où ces processus différents ont pour effet d'assurer plus rapidement ou d'une manière plus favorable par ailleurs la protection ou le respect du droit d'auteur ou des droits connexes pour les œuvres d'auteurs chinois, les exécutions (ou leurs fixations) d'artistes interprètes ou exécutants chinois et les enregistrements sonores de producteurs chinois que pour les œuvres d'auteurs étrangers, les exécutions (ou leurs fixations) d'artistes interprètes ou exécutants étrangers et les enregistrements sonores de producteurs étrangers, les mesures en cause apparaissent incompatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC. En outre, dans la mesure où l'article 4 de la Loi sur le droit d'auteur, indépendamment ou conjointement avec les processus avant autorisation ou avant distribution prévus par les autres mesures en cause, fait que les auteurs étrangers d'œuvres dont la publication ou la distribution n'ont pas été autorisées ne jouissent pas 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 de se conformer à l'article 5 1) et 5 2) de la Convention de Berne). En outre, dans la mesure où l'article 4 de la Loi de la Chine sur le droit d'auteur fait qu'il est impossible pour les détenteurs de droits de faire respecter leurs droits d'auteur ou droits connexes en ce qui concerne des œuvres, exécutions ou enregistrements sonores qui n'ont pas été autorisés en vue de la publication ou de la distribution, la Chine ne ménage pas la possibilité de recourir à des procédures destinées à faire respecter les droits de manière à permettre une action efficace contre les atteintes à ces droits d'auteur et droits connexes. Cela apparaît incompatible avec les obligations de la Chine au titre de l'article 41:1 de l'Accord sur les ADPIC. OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007, pp. 4-6.

¹⁸⁹⁰ La quatrième question concerne le champ d'application des procédures pénales et des peines dans le cas de la reproduction non autorisée ou de la distribution non autorisée d'œuvres protégées par le droit d'auteur. En particulier, il apparaît que la reproduction non autorisée, en soi, d'œuvres protégées par le droit d'auteur (c'est-à-dire la reproduction non autorisée qui ne s'accompagne pas de la distribution non autorisée) ne peut pas faire l'objet de procédures pénales ni de peines. De même, il apparaît que la distribution non autorisée, en soi, d'œuvres protégées par le droit d'auteur (c'est-à-dire la distribution non autorisée qui ne s'accompagne pas de la reproduction non autorisée) ne peut pas faire l'objet de procédures pénales ni de peines. Dans la mesure où le piratage délibéré du droit d'auteur à l'échelle commerciale qui consiste en la reproduction non autorisée - mais non la distribution non autorisée - d'œuvres protégées par le droit d'auteur, et inversement, ne peut pas faire l'objet de procédures pénales ni de peines en droit chinois, cela apparaîtrait incompatible avec les obligations de la Chine au titre des articles 41:1 et 61 de l'Accord sur les ADPIC. OMC, *Demande de consultations présentée par les États-Unis*, WT/DS362/1, IP/D/26, G/L/819, 16 avril 2007, pp. 6- 7.

¹⁸⁹¹ OMC, *Acceptation par la Chine des demandes de participation aux consultations*, WT/DS362/6, 25 Mai 2007.

¹⁸⁹² OMC, *Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis*, WT/DS362/7, 21 août 2007.

¹⁸⁹³ *Ibid.*

ont exposé leur détermination concernant leur demande d'établissement d'un Groupe spécial. Ils ont fait savoir qu'ils étaient préoccupés de voir que le niveau de contrefaçon de la propriété intellectuelle en Chine restait inacceptable, et que la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter dans ce pays restaient insuffisants¹⁸⁹⁴. À ces accusations, la Chine a riposté en estimant que les mesures visées dans le différend en question étaient compatibles avec les règles pertinentes de l'OMC. Elle a, en outre, considéré que les revendications américaines outrepassaient les obligations de l'Accord sur les ADPIC. Elle a même fait savoir qu'elle s'élèverait « *contre toute tentative de la part d'un Membre, quel qu'il soit, d'imposer à des pays en développement Membres dans le cadre d'un règlement des différends des obligations additionnelles allant au-delà de ce qui était prévu par l'Accord sur les ADPIC* »¹⁸⁹⁵.

572. Après un premier report¹⁸⁹⁶, l'ORD a établi, à sa deuxième réunion du 25 septembre 2007, un Groupe spécial pour examiner l'affaire en question, comme l'avaient demandé les États-Unis¹⁸⁹⁷. On relèvera que, sur demande des États-Unis datée du 3 décembre 2007, la composition suivante du Groupe spécial a été arrêtée par le Directeur général le 13 décembre 2007¹⁸⁹⁸ : M. Adrian Macey (en qualité de président) et M. Marino Porzio et M. Sivakant Tiwari (en qualité de Membres). L'affaire a toutefois suscité l'intérêt d'une douzaine de tierces parties. 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 ainsi réservé le droit de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties¹⁸⁹⁹.

573. Globalement, les mesures en causes relevées par les États-Unis dans cette affaire ont été les suivantes : (i) la Loi pénale de la Chine et les interprétations y relatives par la Cour populaire suprême qui établissent les seuils applicables aux procédures et sanctions pénales en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle ; (ii) le Règlement sur la protection des droits de propriété intellectuelle par l'administration des douanes de la Chine et les mesures de mise en œuvre connexes régissant la mise hors circuit des marchandises contrefaites confisquées par les autorités douanières ; et (iii) la loi sur le droit d'auteur de la

¹⁸⁹⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 31 août 2007*, WT/DSB/M/238, 17 octobre 2007, p. 14, § 65.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 15, § 70.

¹⁸⁹⁶ *Idem.*, p. 17, § 71.

¹⁸⁹⁷ *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 25 septembre 2007*, WT/DSB/M/239, 5 novembre 2007, p. 9, § 36.

¹⁸⁹⁸ OMC, *Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis*, WT/DS362/8, 13 décembre 2007.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

Chine, en particulier son article 4 qui refuse 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 chinois¹⁹⁰⁰. En raison de ces mesures, les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que :

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 ADPIC¹⁹⁰¹;

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 ADPIC¹⁹⁰²

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 ADPIC¹⁹⁰³.

574. Quant à la Chine, elle a maintenu sa position de départ en demandant au Groupe spécial de constater que les mesures chinoises sont compatibles avec les obligations de la Chine au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁹⁰⁴.

575. Le 26 janvier 2009, le Groupe spécial a distribué son rapport de 155 pages aux Membres en donnant partiellement raison aux États-Unis. En effet, s'il a accueilli les griefs visant la législation chinoise sur le droit d'auteur¹⁹⁰⁵ et sur les mesures douanières (une allégation partiellement accueillie)¹⁹⁰⁶, il a, en revanche, rejeté les autres allégations relatives aux seuils d'infraction pénale¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰⁰ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, paragraphes 2.1 à 2.4

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, paragraphe 3.1a).

¹⁹⁰² *Ibid.*, paragraphe 3.1 b).

¹⁹⁰³ *Ibid.*, paragraphe 3.1c).

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, paragraphe 3.3.

¹⁹⁰⁵ Le Groupe spécial a conclu 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: 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. Voir rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R, paragraphe 8.1a). Sur le raisonnement juridique du Groupe spécial, voir *infra* §739 et s.

¹⁹⁰⁶ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R, paragraphe 8.1b). Sur le raisonnement juridique du Groupe spécial au sujet des mesures douanières, voir *infra*, § 746 et s.

¹⁹⁰⁷ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R, 26 janvier 2009, paragraphe 8.3. Voir P. Arhel, « Différend États-Unis-Chine concernant les droits de propriété intellectuelle », *Petites affiches*, 5 mai 2009 n°89, p. 9. Sur le raisonnement juridique suivi par le Groupe spécial, voir *infra*, § 752 et s.

576. Bien que déçus par certains aspects des constatations du Groupe spécial, les États-Unis n'ont pas fait appel et ont soumis à l'ORD le rapport du Groupe spécial pour adoption¹⁹⁰⁸. La Chine n'a pas non plus fait appel, elle a même remercié le Groupe spécial et le Secrétariat de leurs efforts pour résoudre ce différend¹⁹⁰⁹. Le 20 mars 2009, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial¹⁹¹⁰.

Section 2 : Les décisions de l'ORD dans le domaine des ADPIC et leur respect par les Membres condamnés

577. Comme indiqué à la section précédente, sur les dix différends relatifs aux ADPIC examinés par le Groupe spécial et, le cas échéant, par l'Organe d'appel, neuf violations ont été constatées, débouchant de fait sur une recommandation à la partie contrevenante de mettre sa mesure incriminée en conformité avec les règles de l'Accord sur les ADPIC. Jusqu'à présent, tous les Membres condamnés ont exprimé à l'ORD leur intention de se conformer aux décisions et recommandations contenues dans les rapports émanant des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel¹⁹¹¹, même lorsqu'ils étaient en désaccord profond avec elles. Il n'existe en effet aucun cas où le Membre condamné a affiché expressément son refus de régulariser ses mesures jugées incompatibles avec les décisions et recommandations de l'ORD.

578. Quant au bilan de la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD contenues dans les rapports des Groupe spéciaux et de l'Organe appel au titre de l'Accord sur les ADPIC, il est, de manière générale, plus ou moins positif. En effet, hormis deux cas notoires se rapportant aux différends impliquant les États-Unis (§2), toutes les décisions et recommandations de l'ORD ont été effectivement mises en œuvre par les Membres condamnés, sans qu'il soit nécessaire que la partie plaignante ait recours aux mesures de rétorsion à leur encontre (§1).

¹⁹⁰⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 mars 2009*, WT/DSB/M/266, 19 mai 2009, p.24, § 85.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 24, § 86 et 88.

¹⁹¹⁰ *Idem.*, p.24, § 93.

¹⁹¹¹ Notons toutefois que dans toutes les affaires ayant débouché sur des décisions recommandant à la partie contrevenante de mettre sa mesure incriminée en conformité avec les règles de l'Accord sur les ADPIC, les parties plaignantes qui ont eu gain de cause n'ont jamais obtenu des Membres condamnés une mise en conformité « *dans les moindres délais* ». Ces derniers, (que ce soit les pays en développement ou les pays développés) ont tous déclaré qu'ils avaient besoin d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations de l'ORD. Dans les neuf affaires ayant débouché sur une condamnation de l'ORD, le délai raisonnable a été six fois déterminé par les parties au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord et trois fois par l'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord. Voir *supra*, §312 et s.

§1 - La mise en œuvre effective des décisions de l'ORD par les Membres condamnés dans le domaine des ADPIC

579. Le bilan global de la mise en conformité des Membres concernés, est très satisfaisant. Les Membres condamnés et notamment les PED ont tous mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD, sans qu'il soit nécessaire que la partie plaignante fasse brandir la menace de l'utilisation des mesures de rétorsion à leur égard. Il est ainsi intéressant de passer en revue le processus de mise en œuvre concernant chaque Membre condamné au sujet des affaires précédemment examinées à savoir : l'**Inde** concernant les plaintes des États-Unis (WT/DS50) et des Communautés européennes (WT/DS79) au sujet de la *protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (A) ; le **Canada** concernant les plaintes des Communautés européennes et des États-Unis au sujet respectivement des *brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) et *la durée d'un brevet* (WT/DS170) (B) ; l'**Union européenne** concernant les plaintes des États-Unis (WT/DS174) et de l'Australie (WT/DS290) au sujet de la protection des *marques et indications géographiques* (C) et enfin **la Chine** concernant la plainte des États-Unis au sujet de la *protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (WT/DS362) (D).

A. L'Inde

580. Comme exposé précédemment, l'Inde a été condamnée successivement deux fois par l'ORD au sujet de sa législation en matière de brevets suite aux plaintes respectives des États-Unis (WT/DS50) et des Communautés européennes (WT/DS79).

581. En ce qui concerne la plainte des États-Unis, à titre de rappel, à sa réunion du 16 janvier 1998, l'ORD avait adopté le rapport du Groupe spécial tel que modifié par l'Organe d'appel sur la question portant sur la *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (WT/DS50). Dans ce rapport, il est en effet recommandé à l'Inde de mettre son régime en conformité avec les articles 70:8 (système de la boîte aux lettres) et 70:9 (droits exclusifs de commercialisation) de l'Accord sur les ADPIC¹⁹¹². En d'autres termes, l'Inde est dans l'obligation de mettre en place un système de boîte aux lettres juridiquement solide pour le dépôt des demandes de brevets, et un système d'octroi de droits exclusifs de commercialisation pour les produits agréés.

¹⁹¹² ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 janvier 1998*, WT/DSB/M/40, 18 février 1998, p.10.

L'Inde, qui devait faire connaître ses intentions dans les 30 jours, a informé l'ORD lors de la réunion du 13 février 1998 de son intention de respecter les obligations qu'elle avait contractées dans le cadre de l'OMC. Elle a toutefois indiqué, qu'elle avait besoin d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations de l'ORD. Plusieurs séries de consultations bilatérales ont été tenues avec les États-Unis sur ce sujet. À la réunion de l'ORD du 22 avril 1998, l'Inde et les États-Unis ont ainsi annoncé conjointement qu'ils s'étaient entendus sur un délai raisonnable de 15 mois -à compter de la date d'adoption des rapports - pour la mise en œuvre de ses recommandations, c'est-à-dire jusqu'au 19 avril 1999¹⁹¹³.

582. Quant à la plainte des Communautés européennes, il est à rappeler que le rapport du Groupe spécial (WT/DS79/R) sur ce même sujet, a été adopté par l'ORD le 22 septembre 1998. Les recommandations de l'ORD à l'Inde étaient les mêmes que pour le précédent différend, c'est-à-dire mettre son régime transitoire de protection par un brevet en conformité avec ses obligations au titre des articles 70:8 et 70:9 de l'Accord sur les ADPIC. À la réunion de l'ORD du 21 octobre 1998, l'Inde avait informé l'ORD qu'elle avait l'intention d'exécuter les obligations qui lui incombaient dans le cadre de l'OMC à cet égard. Elle a toutefois indiqué, qu'elle avait besoin d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations de l'ORD et qu'elle avait l'intention de tenir des consultations avec les CE pour convenir d'un délai mutuellement acceptable. À la réunion de l'ORD du 25 novembre 1998, l'Inde et les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'elles s'étaient entendues sur un délai raisonnable, le 19 avril 1999, un délai identique à celui de la mise en œuvre convenu entre l'Inde et les États-Unis¹⁹¹⁴.

583. Confrontée à la menace corrélative d'une double utilisation de l'article 22, l'Inde devait donc se conformer pleinement aux recommandations et aux décisions de l'ORD¹⁹¹⁵. Pour ce faire, l'Inde a entrepris des démarches afin de promulguer *l'Ordonnance*

¹⁹¹³ Voir *supra*, § 316.

¹⁹¹⁴ Voir *supra*, § 317.

¹⁹¹⁵ Il faut dire que l'instauration depuis Marrakech de l'ORD, investi du pouvoir d'autoriser des sanctions, semble produire un effet dissuasif positif sur les parties afin de les inciter à se mettre en conformité avec les décisions et recommandations de l'ORD. Comme l'écrit très justement Olivier Blin qu'« *il ne faut cependant pas mésestimer le caractère dissuasif que celles-ci comportent intrinsèquement ; comme aux échecs, la menace est souvent plus forte que l'exécution* » (O. Blin, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.457, §28). C'était d'ailleurs la crainte majeure des pays en développement lors de l'adoption de l'Accord sur les ADPIC. En effet, la plupart des droits de propriété intellectuelle appartiennent aux pays développés, les mesures de rétorsion à l'égard d'un PED dans le(s) secteur(s) de droits de propriété intellectuelle ne seront pas efficaces si elles ne sont pas impossibles. Le plaignant pays industrialisé pourrait appliquer (après autorisation de l'ORD) des mesures de rétorsion croisées qui frappent donc des secteurs autres que la propriété intellectuelle, à savoir le domaine des biens ou des services. De plus, ces pays ne peuvent pas proposer des compensations en raison de leurs difficultés financières. En somme, les Membres PED n'ont pas d'autres choix que de respecter les décisions de l'ORD au risque majeur de subir des sanctions. En ce sens, F. Shujie., « La

de 1999 sur les brevets (modification). Cependant, le 14 janvier 1999, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec l'Inde conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord au sujet de l'Ordonnance de 1999 sur les brevets (modification) promulguée par l'Inde pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD¹⁹¹⁶. Les Communautés européennes ont demandé à participer à ces consultations¹⁹¹⁷. Finalement, ces consultations ont été très fructueuses et ont permis aux deux parties de trouver une solution pratique au problème¹⁹¹⁸.

584. Le 15 avril 1999, l'Inde a adressé à l'ORD son rapport de situation final sur la mise en œuvre en annonçant que la législation visant à mettre en application les recommandations et décisions de l'ORD avait été adoptée. En effet, le gouvernement indien a soumis au Parlement indien un projet de loi visant à apporter certaines modifications à la Loi de 1970 sur les brevets. Ces modifications de la Loi de 1970 sur les brevets, telles qu'elles ont été adoptées par les deux Chambres du Parlement, ont été approuvées par le Président de l'Inde et notifiées dans le Journal officiel le 26 mars 1999, sous le nom de « Loi de 1999 sur les brevets (Modification) ». Ce faisant, l'Inde s'était donc pleinement conformée à la recommandation formulée par l'ORD dans les deux affaires engagées contre elle par les États-Unis et par les Communautés européennes¹⁹¹⁹.

B. Le Canada

585. Le Canada aussi a été condamné deux fois par l'ORD dans le domaine des brevets suite aux plaintes des Communautés européennes et des États-Unis au sujet, respectivement, des affaires portant sur les *Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) et sur la *Durée d'un brevet* (WT/DS170).

586. À titre de rappel, dans la première affaire *Canada – Brevets pharmaceutiques*, plainte des Communautés européennes (WT/DS114), le Canada était condamné à mettre l'article 55.2 2) de la Loi sur les brevets, appelé « exception pour le stockage » en conformité

mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, pp. 14 et 16.

¹⁹¹⁶ OMC, *Recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS50/11, 20 janvier 1999.

¹⁹¹⁷ OMC, *Demande des Communautés européennes et de leurs États membres concernant les consultations demandées par les États-Unis*, WT/DS50/12, 4 février 1999.

¹⁹¹⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 28 avril 1999*, WT/DSB/M/60, 21 juin 1999, pp. 3- 4.

¹⁹¹⁹ OMC, *Rapport de situation de l'Inde, Addendum*, WT/DS50/10/Add.4, WT/DS79/6, 16 avril 1999. Au sujet de cette Loi, voir S. Guennif et J. Chaisse, « L'économie politique du brevet au sud : variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique », *op.cit.*, p. 204.

avec les obligations qui découlait pour lui de l'Accord sur les ADPIC¹⁹²⁰. Le Canada, qui devait faire connaître ses intentions dans les 30 jours, a informé l'ORD, lors de sa réunion du 25 avril 2000, qu'il mettrait en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans ce différend¹⁹²¹. Il a cependant indiqué qu'il aurait besoin d'un délai raisonnable pour le faire, conformément aux dispositions de l'article 21:3 du Mémoire d'accord¹⁹²². Ce délai a été par la suite fixé par arbitrage conformément aux dispositions de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, après l'échec des consultations sur une prolongation mutuellement convenue du délai. Par une décision datée du 18 août 2000, l'arbitre a déterminé que le délai raisonnable imparti au Canada pour mettre en œuvre les décisions de l'ORD était de six mois à compter de la date d'adoption du rapport, soit le 7 avril 2000. Le délai raisonnable prendra par conséquent fin le 7 octobre 2000¹⁹²³.

À la réunion de l'ORD du 23 octobre 2000, le Canada a informé l'ORD qu'il avait respecté ce délai et mis en œuvre entièrement les décisions de l'ORD. En effet, le Gouverneur général en conseil (instance exécutive du gouvernement canadien) avait abrogé le Règlement sur la production et l'emmagasinage de médicaments brevetés, avec effet au 7 octobre 2000. Ce règlement avait donné sa force et son effet juridiques à ce qu'on appelait l'« exception pour le stockage » de la Loi sur les brevets du Canada, dont le Groupe spécial avait constaté l'incompatibilité avec les obligations qui découlait pour le Canada de l'Accord sur les ADPIC. L'abrogation de ce règlement avait privé l'exception pour le stockage de toute force ou de tout effet juridique. Le Canada s'était donc entièrement conformé aux décisions de l'ORD¹⁹²⁴.

587. S'agissant du deuxième différend *Canada – Durée d'un brevet, plainte des Etats-Unis* (WT/DS170), rappelons que dans cette affaire le Canada a été condamné par l'ORD à propos de l'article 45 de sa Loi sur les brevets qui a été jugé incompatible avec l'Accord sur les ADPIC¹⁹²⁵. Malgré sa déception, le Canada a déclaré, à la réunion de l'ORD du 23 octobre 2000, qu'il avait l'intention de mettre en œuvre les recommandations et

¹⁹²⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000*, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, p. 17, § 64.

¹⁹²¹ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 25 avril 2000*, WT/DSB/M/79, 15 mai 2000, p.4, §13.

¹⁹²² *Ibid.*

¹⁹²³ Voir *supra*, §327.

¹⁹²⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 23 octobre 2000*, WT/DSB/M/91, 30 novembre 2000, p. 25, § 119.

¹⁹²⁵ En effet, l'Organe d'appel avait confirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la durée de protection de 20 ans requise par l'Accord sur les ADPIC n'était pas offerte par l'article 45 de la Loi sur les brevets du Canada, qui prévoyait une durée de protection de 17 ans. Le 12 octobre 2000, l'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel.

décisions de l'ORD. Il a aussi indiqué, qu'il aurait besoin d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre et qu'il avait l'intention de s'entretenir avec les États-Unis sur la question¹⁹²⁶. Les États-Unis ont accueilli avec satisfaction cette déclaration, car ils étaient très inquiets, notamment du fait que, selon des articles de presse parus au Canada et citant un fonctionnaire du Ministère canadien de l'industrie, le Canada envisageait « *plusieurs réponses possibles à la décision [de l'OMC], y compris de ne pas se mettre en conformité* »¹⁹²⁷.

588. Les parties au différend, ont eu plusieurs discussions bilatérales au sujet d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre par ce pays des décisions et recommandations de l'ORD, mais ils n'ont pas pu trouver un accord. En conséquence, les États-Unis ont demandé à ce que le délai raisonnable soit déterminé par arbitrage contraignant conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord. Le 28 février 2001, l'arbitre a déterminé que le délai imparti au Canada pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD était de dix mois à compter du 12 octobre 2000, date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD. Le délai raisonnable arriverait donc à expiration le 12 août 2001¹⁹²⁸.

589. En l'espèce, la mise en œuvre exigeait qu'on modifie l'article 45 de la Loi sur les brevets du Canada (qui prévoyait une durée de protection de 17 ans), qui devrait être de 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande. À la réunion de l'ORD du 24 juillet 2001, le Canada a informé l'ORD qu'il a pleinement mis en œuvre ses recommandations et décisions. Le Canada a en effet annoncé qu'un Projet de texte de loi sur les brevets S-17 a été mis en place et est entré en vigueur le 12 juillet 2001. Ce texte prévoit que les brevets non expirés d'une durée inférieure à 20 ans, calculée à partir de la date du dépôt de la demande au Canada, avait été automatiquement prorogé pour satisfaire aux prescriptions de l'Accord sur les ADPIC, qui prévoient une durée minimum de 20 ans¹⁹²⁹. Ce texte mettait donc la Loi sur les brevets en conformité avec les obligations du Canada découlant de l'Accord sur les ADPIC¹⁹³⁰.

¹⁹²⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 23 octobre 2000*, WT/DSB/M/91, 30 novembre 2000, p.15, § 60.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 15, § 61.

¹⁹²⁸ Voir *supra*, §329.

¹⁹²⁹ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juillet 2001*, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, p.17, § 78.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, p. 17, § 78.

C. L'Union européenne

590. À titre de rappel, à sa réunion du 20 avril 2005, l'ORD avait adopté les rapports du Groupe spécial relatifs aux plaintes des États-Unis (WT/DS174) et de l'Australie (WT/DS290) au sujet des affaires portant sur la *protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*. Dans ses rapports, le Groupe spécial a fait droit aux griefs des plaignants et a conclu que le système européen appliqué aux produits agricoles et aux denrées alimentaires (dans sa version issue du règlement (CE) n° 2081/92), est incompatible avec l'Accord sur les ADPIC¹⁹³¹.

591. À la réunion de l'ORD du 19 mai 2005, les Communautés européennes ont indiqué qu'elles avaient l'intention de mettre en œuvre les recommandations de l'ORD mais qu'en raison de la relative complexité des questions en jeu et de la nécessité d'une mise en œuvre satisfaisante, elles auraient besoin d'un délai raisonnable approprié pour ce faire¹⁹³². Le 9 juin 2005, les Communautés européennes, l'Australie et les États-Unis ont fait savoir à l'ORD, dans une communication conjointe, qu'il avaient convenu que le délai raisonnable imparti aux Communautés européennes pour la mise en œuvre, serait de onze mois et deux semaines, et viendrait donc à expiration le 3 avril 2006¹⁹³³.

592. À la réunion de l'ORD du 20 janvier 2006, les Communautés européennes avaient fait savoir que, le 23 décembre 2005, la Commission européenne avait proposé au Conseil de l'Union européenne un nouveau règlement sur les indications géographiques, qui mettrait en œuvre les constatations et recommandations adoptées par l'ORD dans ce différend¹⁹³⁴. Cette proposition avait été adoptée par le Conseil le 20 mars 2006¹⁹³⁵. Le nouveau règlement a été adopté et publié au Journal officiel de l'Union européenne du 31 mars 2006 et pris effet le même jour¹⁹³⁶. Plus précisément, il s'agit du règlement (CE)

¹⁹³¹ Voir *supra*, § 540 et s.

¹⁹³² ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 mai 2005*, WT/DSB/M/189, 17 juin 2005, p.9, § 42.

¹⁹³³ Voir *supra*, §318.

¹⁹³⁴ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 janvier 2006*, WT/DSB/M/203, 24 février 2006, p.9, §34.

¹⁹³⁵ OMC, *Rapport de situation des Communautés européennes relatif à la mise en œuvre des recommandations de l'ORD concernant le différend portant sur la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, WT/DS174/25/Add.3-WT/DS290/23/Add.3, p.3.

¹⁹³⁶ *Ibid.* Pour certains auteurs, la mise en conformité avec l'Accord sur les ADPIC n'était pas la seule raison de l'abrogation du Règlement n° 2081/92, une simple modification des dispositions litigieuses aurait suffi. Mais, c'est plutôt le souci de clarté et de transparence du système qui a justifié le remplacement du Règlement comme l'indique le 20^{ème} considérant de son préambule. Voir F-X. Kalinda, *La protection des indications géographiques et son intérêt pour les pays en développement*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, soutenue le 25 juin 2010, p. 104.

n° 510/2006 du Conseil relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires¹⁹³⁷. Ainsi, à la réunion de l'ORD du 21 avril 2006, les Communautés européennes ont indiqué qu'elles s'étaient pleinement conformées aux décisions et recommandations de l'ORD¹⁹³⁸. Cependant, les États-Unis comme l'Australie ont déclaré qu'ils n'étaient pas convaincus par certains aspects de ce nouveau règlement, qui resteraient selon eux préoccupants¹⁹³⁹.

D. La Chine

593. À titre de rappel, le 20 mars 2009, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial concernant la plainte des États-Unis au sujet de l'affaire *Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter* (WT/DS362). Dans son rapport, le Groupe spécial a fait droit aux griefs soulevés par les États-Unis et a conclu à l'incompatibilité de la législation chinoise sur le droit d'auteur (plus particulièrement l'article 4) et les mesures douanières (partiellement) avec les obligations de la Chine découlant de l'Accord sur les ADPIC¹⁹⁴⁰.

594. Le 15 avril 2009, la Chine a informé l'ORD par écrit de son intention de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD et a indiqué qu'elle aurait besoin d'un délai raisonnable pour le faire. Le 29 juin 2009, la Chine et les États-Unis ont informé l'ORD

¹⁹³⁷ Sur le contenu du Règlement, voir le rapport de situation des Communautés européennes relatif à la mise en œuvre des recommandations de l'ORD concernant le différend portant sur la protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, WT/DS174/25/Add.3-WT/DS290/23/Add.3, pp.3-24. François-Xavier Kalinda cite à titre d'exemple, l'article 12 de l'ancien Règlement incriminé n° 2081/92 qui prévoyait que les produits alimentaires originaires de pays tiers ne bénéficient de la protection en vertu du Règlement que s'il existe dans leur pays d'origine une réglementation assurant une protection équivalente et que si ce pays soit en mesure d'accorder une protection équivalente aux produits de l'UE. Sur ce point, l'adoption du règlement (CE) n°510/2006 a remédié à cette difficulté. Le nouveau Règlement (CE) n°510/2006 abandonne cette condition jugée discriminatoire et dispense en outre les producteurs des pays tiers de l'obligation de passer par leurs gouvernements concernant la procédure de demande d'enregistrements des dénominations géographique; ils peuvent désormais s'adresser directement à la Commission (art5.9 et 7.2). Voir F-X. Kalinda, *La protection des indications géographiques et son intérêt pour les pays en développement*, *op.cit.*, p 104. Pour les modifications les plus importantes permettant de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD, voir D.Vivas-Eugui & M.J.Oliva, "The WTO dispute on trademarks and geographical indications: some implications for trade policy- making and negotiations", *op.cit.*, pp. 135-137. Pour une analyse plus générale de ce nouveau règlement, voir L. Gonzalez Vaqué, « Indication géographiques et appellations d'origine: interprétation et mise en œuvre du nouveau règlement n°510/2006 », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2006, n°4, pp. 795-805.

¹⁹³⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion- tenue au Centre William Rappard le 21 avril 2006*, WT/DSB/M/210, 30 mai 2006, p. 7, § 24.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 7, §§ 25-27(pour les observations des États-Unis) et pp.7-8, §§ 28-29 (pour les observations de l'Australie).

¹⁹⁴⁰ Voir *supra*, § 575 et s.

qu'ils étaient convenus que le délai raisonnable imparti à la Chine pour mettre en œuvre serait de douze mois et arriverait à expiration le 20 mars 2010¹⁹⁴¹.

595. S'agissant des mesures chinoises portant sur le droit d'auteur, le 19 mars 2010, la Chine a indiqué que, le 26 février 2010, le Comité permanent de la 11^{ème} Assemblée populaire nationale avait adopté les modifications à la Loi chinoise sur le droit d'auteur¹⁹⁴². L'une des modifications consistait à changer l'article 4 de la Loi jugée incompatible avec l'Accord sur les ADPIC parce qu'il exclut les œuvres censurées du champ d'application de droit d'auteur¹⁹⁴³. En vertu du nouvel article de la nouvelle loi modifiée, les œuvres censurées seront désormais protégées par le droit d'auteur¹⁹⁴⁴. Quant aux mesures douanières, la Chine a indiqué que le 17 mars 2010, le Conseil d'État a adopté la décision de réviser le Règlement sur la protection douanière des droits de propriété intellectuelle. L'une des révisions consistait à améliorer les procédures de disposition des produits saisis qui portaient atteinte à des droits de propriété intellectuelle¹⁹⁴⁵.

596. Ce faisant, la Chine a estimé qu'elle avait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans ce différend¹⁹⁴⁶. Cependant, les États-Unis n'ont pas souscrit à cette évaluation faite par la Chine¹⁹⁴⁷ et ont demandé à cette dernière de fournir des exemplaires officiels des modifications apportées à sa Loi sur le droit d'auteur et au Règlement sur la protection douanière, ou d'indiquer aux autres Membres le site Web officiel sur lequel ces modifications étaient ou seraient affichées¹⁹⁴⁸.

597. Le 8 avril 2010, la Chine et les États-Unis ont notifié à l'ORD les procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord aux fins exclusives du présent différend¹⁹⁴⁹. Celles-ci sont destinées à faciliter le règlement du différend et à réduire

¹⁹⁴¹ Voir *supra*, §320.

¹⁹⁴² ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 19 mars 2010*, WT/DSB/M/280, 28 mai 2010, pp.11-12, § 58.

¹⁹⁴³ L'article 4 §1 de la Loi chinoise sur le droit d'auteur du 7 septembre 1990, disposait que « *les œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont illégales ne sont pas protégées par la présente loi* ».

¹⁹⁴⁴ Le nouvel article 4 est rédigé comme suit : « *l'exercice de son droit par le titulaire d'un droit d'auteur ne doit pas enfreindre la Constitution ou les lois ni porter préjudice à l'intérêt public. L'État supervise et administre la publication et la diffusion des œuvres conformément à la législation* ». Voir http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=186569 (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁹⁴⁵ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 19 mars 2010*, WT/DSB/M/280, 28 mai 2010, p.12, § 58.

¹⁹⁴⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 19 mars 2010*, WT/DSB/M/280, 28 mai 2010, p. 12, §58.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 12, §59.

¹⁹⁴⁸ *Idem.*

¹⁹⁴⁹ OMC, *Mémoire d'accord entre la Chine et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS362/15, 13 avril 2010.

les possibilités de différends en matière de procédure, et sont sans préjudice des vues de chacune des parties sur l'interprétation correcte du Mémoire d'accord¹⁹⁵⁰.

§2. L'unique Membre condamné n'ayant toujours pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD dans le domaine des ADPIC : les États-Unis

598. En effet, ce Membre n'est pas l'Inde ou la Chine, qui comme on l'a vu, ont pleinement mis en œuvre les décisions de l'ORD, mais c'est plutôt les États-Unis, soit le pays qui a tant œuvré pour l'introduction de la propriété intellectuelle dans le système commercial de l'OMC¹⁹⁵¹ et pour l'application du système de règlement des différends GATT/OMC au domaine des ADPIC¹⁹⁵².

599. La non-mise en œuvre par les États-Unis des décisions de l'ORD concerne deux différends portés par les Communautés européennes¹⁹⁵³ : l'un a trait à *l'article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) (1) ; l'autre à *l'article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176) (2).

A. L'état de la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD relatives à l'affaire États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)

600. Dans cette affaire, le Groupe spécial a constaté que l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur était contraire aux articles 11 bis 1) iii) et 11 1) ii) de la Convention de Berne (1971) incorporés à l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de ce dernier¹⁹⁵⁴. Le 27 juillet 2000, l'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial, dans lequel il a été recommandé aux États-Unis de rendre l'alinéa B) de l'article 110 5) conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁹⁵⁵.

601. Dans une communication datée du 24 août 2000, les États-Unis ont informé l'ORD par écrit de leurs intentions de mettre en œuvre ses recommandations et décisions d'une

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ Voir nos développements consacrés à cette opération audacieuse de l'inclusion des droits de la propriété intellectuelle dans le système du GATT, largement évoquée dans notre introduction générale.

¹⁹⁵² En somme, comme l'écrit Ruth Okediji, le gouvernement américain est devenu victime de son propre succès (R. Okediji, "Toward an International Fair use Doctrine", *op.cit.*, p.149).

¹⁹⁵³ J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, p. 417 ; E. Lee, "Measuring TRIPS Compliance and Defiance: the WTO Compliance Scorecard", *Journal of Intellectual Property Law, op.cit.*, pp. 411-412.

¹⁹⁵⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 7.1.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, par. 7.2.

manière compatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC¹⁹⁵⁶. Pour ce faire, les États-Unis ont indiqué qu'ils auraient besoin d'un délai raisonnable et, conformément à l'article 21:3 a), ils ont proposé que ce délai soit de 15 mois¹⁹⁵⁷. À la réunion de l'ORD du 11 septembre 2000, les États-Unis, espéraient que l'ORD pourrait dégager un consensus pour que leur proposition soit acceptée¹⁹⁵⁸. Toutefois, les Communautés européennes n'ont pas accepté le délai de 15 mois proposé par les États-Unis. Ils ont, en effet, estimé qu'un tel délai n'était pas raisonnable et qu'il était plutôt excessif. Selon eux, les modifications qu'il fallait apporter à la législation étaient simples et pouvaient être effectuées dans un délai plus court¹⁹⁵⁹. Ainsi, en l'absence d'accord avec les États-Unis au sujet du délai requis pour la mise en œuvre de ces recommandations et décisions, les Communautés européennes ont demandé, le 23 octobre 2000, que ce délai soit déterminé par arbitrage contraignant, conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord¹⁹⁶⁰. Par une décision datée du 15 janvier 2001, l'arbitre a indiqué que le délai raisonnable imparti aux les États-Unis pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans cette affaire était de 12 mois à compter du 27 juillet 2000, de la date d'adoption du rapport du Groupe spécial par l'ORD. Le délai raisonnable arrivera donc à expiration le 27 juillet 2001¹⁹⁶¹.

602. Pendant ce temps, les États-Unis ont engagé des discussions approfondies avec les Communautés européennes pour parvenir à un règlement positif du différend, entre autres, des négociations sur une compensation¹⁹⁶². Pour faciliter cette négociation, notamment concernant le montant de cette compensation, les parties au différend ont convenu mutuellement de recourir à un arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord¹⁹⁶³. Pour ce faire, les arbitres devaient donc évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction

¹⁹⁵⁶ OMC, *Communication des États-Unis*, WT/DS160/9, 31 août 2000.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁹⁵⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 11 septembre 2000*, WT/DSB/M/88, 29 septembre 2000, § 2.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, § 3.

¹⁹⁶⁰ OMC, *Demande d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends présentée par les Communautés européennes et leurs États membres*, WT/DS160/10, 26 octobre 2000.

¹⁹⁶¹ Voir *supra*, §328.

¹⁹⁶² « Au lieu de nous affronter, nous avons entamé un dialogue constructif en vue de dédommager les musiciens européens jusqu'à ce que cette loi soit modifiée », s'est félicité le Commissaire Pascal Lamy en rappelant la détermination du couple transatlantique « à gérer les différends commerciaux de manière professionnelle et efficace ». « (UE) UE/ETATS-UNIS/OMC - les États-Unis vont compenser les pertes de droits d'auteur dues à l'exonération accordée aux lieux publics », *Agence Europe*, 26 juillet 2001.

¹⁹⁶³ Décision précitée des arbitres, *Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, plainte de la Communauté européenne*, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, par. 1.1. Sur l'utilisation de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord pour déterminer le montant de la compensation, voir *supra*, §356 et s.

d'avantages subis par les Communautés européennes en raison de l'application de l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur. Au terme d'opérations complexes, les arbitres ont déterminé que le niveau des avantages des Communautés européennes qui étaient annulés ou compromis en raison de l'application de l'article 110 5) B) était de 1 219 900 euros par an¹⁹⁶⁴. Un résultat qui fut une déception pour les Communautés européennes¹⁹⁶⁵. À la réunion de l'ORD du 18 décembre 2001, les États-Unis ont indiqué qu'ils avaient engagé des discussions avec les Communautés européennes pour parvenir à un règlement positif et mutuellement acceptable du différend¹⁹⁶⁶. Les Communautés européennes, de leur côté, bien qu'elles considéraient que le règlement de ce différend exigeait des États-Unis l'amendement de leurs disposition législative incompatible avec les règles de l'Accord sur les ADPIC, n'étaient pas fermées à des discussions avec les États-Unis pour parvenir à un arrangement temporaire. Elles ont toutefois déclaré que, s'il n'était pas possible de parvenir à un tel arrangement, elles devraient demander l'autorisation à l'ORD de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord¹⁹⁶⁷. À sa réunion du 24 juillet 2001, les États-Unis ont demandé à l'ORD de proroger le délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce jusqu'à la fin de la session en cours du Congrès des États-Unis ou jusqu'au 31 décembre 2001, la date la plus approchée ayant été retenue¹⁹⁶⁸. Les Communautés européennes n'étaient pas opposées à la demande des États-Unis¹⁹⁶⁹. L'ORD a donc accepté la prorogation du délai raisonnable proposé par les États-Unis pour la mise en œuvre¹⁹⁷⁰.

603. En effet, le 7 janvier 2002, faisant valoir que les États-Unis n'avaient pas mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD concernant leur Loi sur le droit d'auteur dans le délai raisonnable imparti, les Communautés européennes ont demandé l'autorisation de suspendre leurs obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, par. 5.1.

¹⁹⁶⁵ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 21 novembre 2001*, WT/DSB/M/113, 17 décembre 2001, p.11, §§ 31-31.

¹⁹⁶⁶ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 18 décembre 2001*, WT/DSB/M/116, 31 janvier 2002, p. 5, § 17.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 5, § 18.

¹⁹⁶⁸ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juillet 2001*, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, p.14, § 63. Voir la communication écrite adressée à l'ORD: *Modification proposée du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/14, 18 juillet 2001.

¹⁹⁶⁹ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juillet 2001*, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, p.14, § 64.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 15, § 66.

22:2 du Mémorandum d'accord¹⁹⁷¹. Le niveau des avantages des Communautés européennes qui avaient été annulés ou compromis avait déjà été déterminé par le biais d'un arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord, à savoir 1 219 900 euros par an, les Communautés européennes proposaient de fixer le montant d'une redevance spéciale, perçue auprès des ressortissants des États-Unis dans le cadre des mesures à la frontière concernant des marchandises protégées par le droit d'auteur, de façon à ce que le niveau des avantages des États-Unis visés n'excède pas le niveau des avantages des Communautés européennes annulés ou compromis du fait de l'application des dispositions de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur qui sont incompatibles avec les règles de l'OMC¹⁹⁷². Toutefois, le 17 janvier 2002, les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension d'obligations proposé par les Communautés européennes et ont demandé de soumettre la question à arbitrage, conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord. Les États-Unis ont allégué que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 n'avaient pas été respectés¹⁹⁷³. Lors de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, les parties ont néanmoins indiqué qu'elles avaient engagé des négociations constructives et avaient bon espoir de trouver une solution mutuellement satisfaisante. Le 26 février 2002, les parties ont demandé à l'arbitre de suspendre la procédure d'arbitrage, mais ont signalé que cette procédure pourrait être réactivée à la demande de l'une ou l'autre partie après le 1^{er} mars 2002¹⁹⁷⁴. Conformément à la demande conjointe des parties, l'arbitre a suspendu la procédure d'arbitrage¹⁹⁷⁵.

604. Le 23 juin 2003, les États-Unis et les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'ils étaient parvenus à un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, qui prévoit un versement unique par les États-Unis, d'un montant de 3,3 millions de dollars EU, au profit d'un fonds qui sera créé par les sociétés de gestion des droits d'exécution dans les Communautés européennes pour l'octroi d'une assistance générale à leurs membres et la

¹⁹⁷¹ OMC, *Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/19, 11 janvier 2002, p.1.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p.2.

¹⁹⁷³ OMC, *Demande d'arbitrage présentée par les États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/20, 18 janvier 2002.

¹⁹⁷⁴ OMC, *Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Communication de l'arbitre, États-Unis — Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/22, 1^{er} mars 2002.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

promotion des droits des auteurs¹⁹⁷⁶. Cet arrangement temporaire porte sur la période allant jusqu'au 20 décembre 2004¹⁹⁷⁷.

605. Toutefois, cette solution amiable temporaire n'a guère fait avancer les choses d'un strict point de vue juridique¹⁹⁷⁸. En effet, les États-Unis continuent de faire leur rapport à l'ORD sur le fondement de l'article 21:6, ainsi qu'en atteste la déclaration du représentant des Communautés européennes tenue à la réunion de l'ORD : « *comme chaque mois, l'ORD devait constater que les États-Unis ne se conformaient pas à la décision du Groupe spécial concernant leur Loi sur le droit d'auteur. S'ils ne prenaient pas rapidement des mesures, cette situation porterait un coup fatal à la réputation déjà entamée des États-Unis dans le domaine de la propriété intellectuelle (...). Une action rapide des États-Unis pour remédier à cette situation malencontreuse serait importante non seulement du point de vue des titulaires de droits des CE, mais aussi sur le plan systémique. Les CE attendaient toujours un signal officiel des États-Unis concernant les mesures qu'ils comptaient prendre pour régler ce différend* »¹⁹⁷⁹.

606. Depuis, rien n'a changé car l'article incriminé de la loi américaine sur les droits d'auteur est toujours en vigueur. En effet, à chaque rapport de situation sur l'état d'avancement de la mise en œuvre, les États-Unis indiquaient à l'ORD que leur administration continuerait de s'entretenir avec l'Union européenne et de travailler en étroite collaboration avec le Congrès afin de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante sur cette question¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁶ OMC, *Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant*, T/DS160/23, 26 juin 2003. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juin 2003*, WT/DSB/M/151, 12 août 2003, p. 2.

¹⁹⁷⁷ OMC, *Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant*, T/DS160/23, 26 juin 2003.

¹⁹⁷⁸ H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « Organisation Mondiale du Commerce .Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op.cit.*, p. 921.

¹⁹⁷⁹ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 20 juillet 2005*, WT/DSB/M/194, 26 août 2005, p.6, § 23.

¹⁹⁸⁰ Voir les rapports de situation sur l'avancement de la mise en œuvre présentés par les États-Unis à l'ORD sur ce différend depuis le mois de décembre 2004 à ce jour. Le dernier en date étant le rapport WT/DS160/24/Add.146, 7 avril 2017.

B. L'état de la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD relatives à l'affaire États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/ DS176)

607. À sa réunion du 1^{er} février 2002, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial, tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel, sur l'affaire États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176)¹⁹⁸¹.

608. Lors de la réunion de l'ORD tenue le 19 février 2002, les États-Unis ont informé celui-ci de leur intention de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD en la matière et qu'ils auraient besoin à cette fin d'un délai raisonnable¹⁹⁸². Dans une lettre conjointe, datée du 28 mars 2002, les États-Unis et les Communautés européennes, ont informé l'ORD qu'ils étaient parvenus à un accord mutuel sur le délai raisonnable pour la mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD. Il est indiqué que la mise en conformité requiert une action législative de la part du Congrès des États-Unis, le délai raisonnable viendrait donc à expiration le 31 décembre 2002, ou à la date à laquelle la session alors en cours du Congrès des États-Unis serait ajournée, si cette date était postérieure, et en tout état de cause au plus tard le 3 janvier 2003¹⁹⁸³. Le 20 décembre 2002, dans une communication écrite conjointe, les États-Unis et les Communautés européennes ont informé l'ORD qu'ils avaient mutuellement convenus de modifier le délai raisonnable pour la mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD, de façon qu'il prenne fin le 30 juin 2003. Ce délai a été prorogé trois fois ultérieurement, au 31 décembre 2003, au 31 décembre 2004 et au 30 juin 2005 respectivement¹⁹⁸⁴.

609. À l'expiration de la quatrième prolongation du délai raisonnable, le 30 juin 2005, les Communautés européennes et les États-Unis ont porté à la connaissance de l'ORD un accord selon lequel les Communautés européennes convenaient de ne pas demander à l'ORD, à ce stade, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, en application de l'article 22:2 du Mémoire d'accord¹⁹⁸⁵. Par ailleurs, il est, entre autres, convenu que si les Communautés européennes décidaient à une date ultérieure de demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, les États-Unis ne

¹⁹⁸¹ Voir *supra*, §559.

¹⁹⁸² ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 février 2002*, WT/DSB/M/120, 13 mars 2002, p.1, § 2.

¹⁹⁸³ OMC, *Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS176/10, 5 avril 2002.

¹⁹⁸⁴ Voir *supra*, § 319.

¹⁹⁸⁵ OMC, *Accord entre les Communautés européennes et les États-Unis*, WT/DS176/16, 1^{er} juillet 2005, p. 2, point 1 de l'accord.

chercheront pas à faire obstacle à cette demande au motif qu'une telle action n'interviendrait pas dans le délai indiqué à la première phrase de l'article 22:6 du Mémoire d'accord¹⁹⁸⁶.

610. La situation de mise en œuvre dans ce différend reste inchangée depuis lors. Plus de dix ans se sont écoulés depuis l'adoption par l'ORD des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, et les États-Unis ne les ont toujours pas mis en œuvre. L'article 211 de la Loi américaine est en effet toujours en vigueur. Presque tous les mois, depuis l'année 2002, les États-Unis informaient l'ORD, conformément à l'article 21:6 du Mémoire d'accord, qu'ils travaillaient à la mise en œuvre de la décision, sans pour autant résoudre le problème¹⁹⁸⁷. Au dernier rapport de situation daté du 14 janvier 2016, les États-Unis faisaient savoir que les textes législatifs pertinents ont été présentés à la 114^{ème} session du Congrès des États-Unis et ils continueront de rechercher une solution qui permettrait de régler le différend¹⁹⁸⁸.

611. À chaque réunion de l'ORD, Cuba exprime sa déception à l'égard de la non-conformité des États-Unis à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁹⁸⁹. Par exemple, à la réunion de l'ORD du 26 mars 2013, le représentant de Cuba a eu des propos sévères à l'égard des États-Unis, indiquant qu'« *il était paradoxal que les États-Unis rédigent des dispositions législatives relatives à la propriété intellectuelle tout en maintenant en application l'article 211, disposition qui permettait à la société Bacardi de continuer de commercialiser une gamme de rhums en faisant un usage indu de la marque Havana Club. Il s'agissait de l'un des cas les plus notoires de contrefaçon d'une marque et de publicité trompeuse par une société soutenues par la législation des États-Unis. Le comportement des États-Unis discréditait le système de règlement des différends de l'OMC et constituait une atteinte aux droits de propriété intellectuelle* »¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 2. Il était aussi convenu dans cet accord que « *les États-Unis conservent le droit de contester le niveau de la suspension proposée ou d'affirmer que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'ont pas été suivis et de soumettre la question à arbitrage, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord* » (*ibid.*).

¹⁹⁸⁷ Voir les rapports de situations sur l'avancement de la mise en œuvre présentés par les États-Unis à l'ORD sur ce différend depuis le mois de novembre 2002 à ce jour (le dernier en date étant le rapport WT/DS176/11/Add.156, 15 janvier 2016).

¹⁹⁸⁸ OMC, *Rapport de situation des États-Unis à l'ORD, États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/11/Add.156, 15 janvier 2016.

¹⁹⁸⁹ Rappelons que dans cette affaire, la marque *Havana Club* est détenue par l'État cubain et Pernod Ricard. Voir, *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1, section 2, §2.B.2.

¹⁹⁹⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 26 mars 2013*, 4 juin 2013, WT/DSB/M/330, p. 4, §1.6. Le représentant de Cuba se demandait « *comment il était possible que deux grandes puissances, les parties à ce différend, qui proposaient d'assujettir les relations commerciales mondiales à la réglementation de leur Partenariat transatlantique, soient incapables de trouver une façon de se conformer à la décision de l'ORD et de mettre fin aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle d'un pays en développement Membre comme Cuba. Cette situation démontrait la nécessité de modifier en profondeur les dispositions du Mémoire d'accord afin de garantir une mise en conformité effective* » (*ibid.*). Cette déclaration de Cuba a été

612. Quoi qu'il en soit, tant que les États-Unis n'auront pas mis en œuvre les décisions de l'ORD, cette saga de rapports de situation de *non mise en œuvre* concernant les deux différends mettant en cause des Lois américaines respectivement l'article 110 5), *Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) et l'article de la *Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* » (WT/DS176) continuerait.

613. Faut-il y voir dans cette attitude l'expression de l'hégémonisme américain à travers lequel les États-Unis s'arrogeraient la possibilité de s'exonérer des règles internationales qu'ils ont eux-mêmes contribué à formuler pour les autres ?¹⁹⁹¹ En fait, la réalité est plus complexe car les changements préconisés, à savoir l'adoption de mesures législatives, ne peuvent se faire que sur une décision du Congrès¹⁹⁹². Or, ce dernier reste profondément hostile à l'idée de perdre toute parcelle de souveraineté¹⁹⁹³, ce qui explique le fait qu'il est toujours très méfiant à l'égard de l'OMC et de son système de règlement des différends. Il cherche, alors, constamment à contourner les décisions défavorables formulées par l'ORD à l'encontre des États-Unis en tardant à modifier leur législation en cause¹⁹⁹⁴. De toute évidence, cette image négative n'est pas à l'avantage des États-Unis. Les grands responsables de l'administration américaine le savent et espèrent que cela change. Robert B.

appuyée par de nombreux Membres de l'OMC, tels que la République bolivarienne du Venezuela, le Brésil, l'Argentine, l'Inde, la Chine, le Nicaragua, le Zimbabwe, le Mexique, l'Équateur, la République dominicaine, l'Uruguay et le Vietnam (*ibid*, pp.5-6).

¹⁹⁹¹ Sur l'unilatéralisme américaine, voir J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », *op.cit.*, pp. 570-582.

¹⁹⁹² Voir J. Magnus, « Mise en conformité avec les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends à l'OMC : y a-t-il une crise? », in R. Yerxa et B. Wilson (ed.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 268-269.

¹⁹⁹³ J. Fomerand, « La pratique américaine du multilatéralisme. Le syndrome du *mare nostrum* », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2003, pp. 486-487. Le discours du président de la Commission budgétaire de la Chambre des Représentants est révélateur de cette approche lorsqu'il déclarait que « *primo, la loi américaine est souveraine. Dans la mesure où il existe des pierres d'achoppement entre les accords de l'Uruguay Round et les décisions prises par l'OMC, les États-Unis se gardent le droit de trancher et mettre en œuvre les décisions qui sont l'objet de différends, le Congrès pour sa part conserve les pleins pouvoirs que la Constitution lui a attribués touchant à la modification des lois américaines. C'est cela qui est primordial. Quelles que soient les actions de l'OMC, rien ne pourra modifier les pouvoirs du Congrès et du Président des États-Unis vis-à-vis des lois américaines. Secundo, l'OMC devra poursuivre dans la voie du consensus telle que pratiquée par le GATT. Aucune décision significative n'affectera les droits et obligations des États-Unis sur la scène internationale sans le consentement des États-Unis, et sans le consentement du Congrès tel qu'il en est fait mention dans notre Constitution* » (Chambre des Représentants, « The World Trade Organization », audition devant le Committee on Ways and Means, 103e Congrès, 2e session, 10 juin 1994, Serial 103-86, GPO, Washington DC, p. 3, cité par J. Fomerand, « La pratique américaine du multilatéralisme. Le syndrome du *mare nostrum* », *op.cit.*, p. 486).

¹⁹⁹⁴ C'est le cas des deux affaires ADPIC susmentionnées. Mais, ces deux cas ne sont pas isolés. Il en existe, en effet, d'autres affaires où les États-Unis ont perdu et n'ont pas mis en œuvre les décisions de l'ORD parce que cela exige des mesures législatives. À ce sujet, voir J. Magnus, « Mise en conformité avec les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends à l'OMC: y a-t-il une crise? », *op.cit.*, pp. 264-265 et 271 ; J. Pauwelyn, « The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO », *op.cit.*, p. 420.

Zoellick (alors représentant américain pour les questions commerciales internationales), dans son témoignage devant le comité des Finances du Sénat, a indiqué : “*our ability to demand that others follow the trade rules is strengthened when we address cases we lose*”¹⁹⁹⁵.

Conclusion du Titre 1

614. De l’analyse pratique des différends relatifs aux ADPIC et les solutions obtenues, on peut conclure que l’ORD est un acteur important de résolution des différends. En effet, par sa grande autorité, il a non seulement permis avec efficacité d’obtenir un règlement effectif des différends relatifs aux ADPIC¹⁹⁹⁶ par le truchement des organes de règlement des différends, à savoir les Groupes spéciaux, l’organe d’appel et les arbitres (intervenant lors de la phase de mise en œuvre), mais a aussi contribué à désamorcer un nombre non négligeable de différends aux premiers stades de la procédure. Par ailleurs, le fait que les décisions et recommandations de l’ORD dans le cadre de l’ADPIC se voient généralement suivies d’effets concrets et sont effectivement mises en œuvre sur le terrain par les Membres condamnés, constitue à l’évidence une preuve supplémentaire de l’autorité de l’ORD.

¹⁹⁹⁵ Statement of Robert B. Zoellick, *U.S. Trade Representative before the Committee on Finance of the United States Senate*, 9 mars 2004, p.17, disponible à l’adresse suivante : <http://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/030904rztest.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

¹⁹⁹⁶ À l’exception de deux affaires évoquées précédemment.

TITRE 2 - L'INCONTESTABLE CONTRIBUTION DE L'ORD DANS LA CLARIFICATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

615. Dans le cadre de la procédure contentieuse de règlement des différends de l'OMC, le Mémoire d'accord reconnaît expressément aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel le pouvoir de clarifier les dispositions des Accords de l'OMC. L'une des dispositions-clés du Mémoire d'accord, à savoir l'article 3:2, précise explicitement que le système de règlement des différends « [...] a pour objet de préserver les droits et obligations résultants pour les Membres des accords visés, et de **clarifier** les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »¹⁹⁹⁷.

616. En employant le terme de clarification et non pas d'interprétation¹⁹⁹⁸, les rédacteurs du Mémoire d'accord se veulent être prudents afin de ne pas confondre avec le pouvoir d'adopter des interprétations authentiques de l'Accord sur l'OMC et des Accords commerciaux multilatéraux qui est dédié uniquement à la Conférence ministérielle et au Conseil général en vertu de l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC¹⁹⁹⁹. En effet, le but fondamental du système est de régler les différends conformément aux articles 3:4 et 3:7 du Mémoire d'accord et non de « légiférer ». La clarification des dispositions des accords visés de l'OMC, selon l'article 3:2 du Mémoire d'accord, intervient en fait seulement dans

¹⁹⁹⁷ Caractère gras ajouté.

¹⁹⁹⁸ Pour autant, on ne peut pas dire qu'il ne s'agit pas de l'interprétation. On en veut pour preuve, l'article 17:6 du Mémoire d'accord qui dispose que l'Organe d'appel est compétent pour connaître les « *questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci* » (caractères gras ajoutés). En ce sens, voir H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p. 76.

¹⁹⁹⁹ L'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC dispose que « *la Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux* ». Il prévoit en outre que de telles décisions seront prises « *à une majorité des trois quarts des Membres* ». De l'avis de l'Organe d'appel dans son rapport relatif à l'affaire Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, cette disposition énonçait la seule possibilité d'adopter des interprétations définitives. Selon l'Organe d'appel, « *le fait que ce "pouvoir exclusif" d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'Accord sur l'OMC est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite* » (rapport Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, p. 16). Ce pouvoir exclusif doit être compris comme la possibilité d'adopter des interprétations "faisant autorité" généralement valables pour l'ensemble des Membres de l'OMC. Pour plus de détails sur cette procédure, voir P. Monnier et H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce.— droit institutionnel », *op.cit.*, § 38. On notera cependant que l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC ne donne aucun pouvoir d'interpréter des conventions incorporées par référence dans l'Accord sur les ADPIC, à savoir, par exemple, la Convention de Berne ou la Convention de Paris. C'est plutôt l'OMPI qui a ce pouvoir à l'égard de ces conventions qu'elle administre toujours. En ce sens, voir Y. Goubiac, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 29.

le contexte du règlement d'un différend²⁰⁰⁰. En effet, la règle de droit n'est jamais à cent pour cent « *auto-évidente* »²⁰⁰¹. Souvent énoncée dans des termes très généraux, elle contient inévitablement des incertitudes et des ambiguïtés²⁰⁰². Du fait de cette généralité, il est rare qu'une règle de droit puisse s'appliquer automatiquement à un cas concret avant de dissiper au préalable les incertitudes et les ambiguïtés qu'elle renferme²⁰⁰³. C'est dans ce cadre uniquement que les Groupes spéciaux et, le cas échéant, l'Organe d'appel clarifient les dispositions pertinentes de l'accord de l'OMC invoqué aux fins de règlement du différend. Plus précisément, il s'agit d'étudier la compatibilité avec l'accord invoqué de l'interprétation faite par un Membre de ses droits et de ses obligations²⁰⁰⁴.

617. S'agissant des différends relatifs aux ADPIC, les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel ont été amenés, dans le contexte de leur mission de règlement des différends, à clarifier un certain nombre de dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Ils ont même apporté à ces occasions une contribution déterminante à la clarification de l'Accord sur les ADPIC (Chapitre 2). Mais, avant de présenter cette contribution inédite, il est intéressant d'analyser la démarche employée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour interpréter les dispositions d'Accord sur les ADPIC (Chapitre 1). En somme, il s'agit d'examiner l'opération de l'interprétation (méthodes, moyens, techniques) et son résultat (le produit)²⁰⁰⁵ en ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC.

²⁰⁰⁰ É. Canal-Forgues, « Mutations de l'ordre juridique international et système de règlement de différends de l'OMC », *op.cit.*, p. 6.

²⁰⁰¹ G. Abi-Saab, « « Interprétation » et « Auto-Interprétation ». Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in *Mélange R. Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 10.

²⁰⁰² V. Pace, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, *op.cit.*, p. 111.

²⁰⁰³ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^{ème} éd, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 276, § 162.

²⁰⁰⁴ En ce sens, UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, *op.cit.*, p. 690.

²⁰⁰⁵ Dans la mesure où le terme *interprétation* désigne à la fois le processus interprétatif et son résultat. En ce sens, voir S. Sur, « L'interprétation en droit international public », in P. Amselek (dir), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Bruylant, 1995, p.156. Pour plus de précisions, le terme interprétation vient du verbe latin *interpretari*, lui-même composé de la préposition *inter* (entre) et du terme *pres* qui pourraient être une forme nominale tirée d'un verbe disparu signifiant « acheter » ou « vendre » apparenté à *pretium* (prix). De sorte que le premier sens connu du mot *interpres* est celui d'intermédiaire, de courtier, de chargé d'affaires. Dans la suite, le mot allait s'enrichir de nombreuses significations depuis celle de « crieur public » jusqu'à celle de « devin » ou d'« augure », en passant par celle d'« interprète », de « traducteur », de « porte-parole ». Voir F. Ost, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Coll. « Penser le droit », Bruylant, 2007, pp. 87-88.

Chapitre 1 - La démarche interprétative des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le contexte du règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC

618. De l'examen des affaires ADPIC ayant donné lieu à la rédaction de rapports des Groupes spéciaux et, le cas échéant de l'Organe d'appel, la démarche d'interprétation appliquée par ceux-ci aux fins du règlement des différends, est clairement identifiée : elle est fermement fondée sur l'application des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. À vrai dire, dès sa toute première affaire *États-Unis — Essence*²⁰⁰⁶, sur laquelle nous allons revenir plus loin, l'Organe d'appel s'est tourné directement vers les règles d'interprétation de la Convention de Vienne pour poser sa méthode d'interprétation des Accords de l'OMC, alors que celle-ci, il faut bien le préciser, n'est pas expressément évoquée dans le Mémoire d'accord²⁰⁰⁷ (Section 1). Compte tenu de son importance sur le résultat retenu de l'interprétation, il est intéressant d'examiner l'approche retenue par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC (Section 2).

Section 1: Une méthode d'interprétation fondée sur l'application des règles énoncées dans la Convention de Vienne sur les droits des traités

619. La rationalité de l'interprétation suppose que soit adoptée une méthode déterminée et sûre dont les règles seront suffisamment précises et cohérentes²⁰⁰⁸. Dans le cadre de l'OMC, dès le début de son fonctionnement, l'attention de l'Organe d'appel s'est portée sur les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai

²⁰⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (titre abrégé, *États-Unis — Essence*), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

²⁰⁰⁷ En effet, le Mémoire d'accord est muet à ce sujet. Il n'a en effet dicté ou fixé aucune méthode d'interprétation particulière des Accords de l'OMC. L'article 3:2 du Mémoire d'accord indique seulement, que les dispositions des différents Accords de l'OMC doivent être interprétées « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

²⁰⁰⁸ En ce sens, voir V. Tomkiwicz, *L'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce*, op.cit., p. 157-158. Le GATT n'avait pas réussi à mettre en place des méthodes et des règles d'interprétation déterminées. D'ailleurs, les interprétations des Groupes spéciaux étaient souvent considérées comme arbitraires car elles résultaient de considérations subjectives et discutables (*ibid*, p.158). Voir également I. Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC », *Revue Juridique Thémis*, 2000, n°34, pp. 255-262. Disponible en ligne à l'adresse suivante: <https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv0134num1/seroin.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

1969²⁰⁰⁹. Celle-ci est, d'ailleurs, encore aujourd'hui, l'unique texte conventionnel en vigueur, contenant des règles spécifiques à l'interprétation des traités²⁰¹⁰. Son apport est d'avoir précisé la démarche à suivre pour interpréter un traité international, en d'autres mots, la réglementation méthodologique²⁰¹¹. L'Organe d'appel fit de cette convention son cadre de référence²⁰¹² sur lequel il pose sa méthode d'interprétation des Accords de l'OMC (§1). Et étant un des accords visés de l'OMC, l'Accord sur les ADPIC n'échappe pas à cette application (§2).

§1. Le mérite de l'Organe d'appel à la mise en place d'une méthode d'interprétation des Accords de l'OMC

620. Dans son tout premier rapport rendu dans l'affaire *États-Unis — Essence*²⁰¹³, l'Organe d'appel a fait apparaître expressément son attachement à la Convention de Vienne. Selon ses termes, il s'agit bien d'« un texte qui fait autorité »²⁰¹⁴. En se référant à la fois à la jurisprudence internationale et à la doctrine, l'Organe d'appel a estimé que « la règle générale d'interprétation » énoncée à l'article 31:1) de la Convention de Vienne selon laquelle « un

²⁰⁰⁹ V. Tomkiwicz, *L'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce*, *op.cit.*, p.170.

²⁰¹⁰ D'ailleurs, force est de constater, avec le juge F. Matscher, qu'« à présent, pour quiconque qui parle ou écrit sur l'interprétation d'un traité international, le point de départ doit être les articles 31-33 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, même si ces dispositions constituent moins une innovation qu'une codification du droit international coutumier existant » (F. Matscher, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 18).

²⁰¹¹ S. Sur, « L'interprétation en droit international public », *op.cit.*, p.163. En effet, comme l'explique Philippe Weckel, la Convention de Vienne devait apporter la méthode faisant de l'interprétation une opération prévisible garantissant la sécurité juridique. Voir P. Weckel, « Conclusions générales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, n°2, pp. 541-542. Il importe de savoir que les règles d'interprétation énoncée dans la Convention de Vienne constituent une sorte de synthèse des principales règles d'interprétation dont disposaient les juges avant la codification. Progressivement elles ont pu être considérées comme consacrant un véritable « système » d'interprétation cohérent et harmonieux. Elles sont, en effet, issues de la combinaison de trois approches : textuelle, intentionnelle et fonctionnelle. Sur ce sujet, voir M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1976, vol. 151, pp. 11-95 ; O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1289-1371 ; M. Sastre, *La fonction du juge interne d'interprétation du droit international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, soutenue le 9 juillet 1999, pp. 250 et s ; V. Boré Eveno, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Étude comparative*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue le 26 novembre 2004, pp. 29 et s . Pour une approche historique, voir R. Bachand, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XXe siècle », *Revue Belge de Droit International*, 2006, n°1, pp. 173-203.

²⁰¹² I. Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC », *op.cit.*, pp. 255-262.

²⁰¹³ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (titre abrégé, *États-Unis — Essence*), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

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 » est « devenue une règle du droit international coutumier ou général »²⁰¹⁵ et « en tant que telle, elle fait partie, des « règles coutumières d'interprétation du droit international public » que l'Organe d'appel avait pour instruction, en vertu de l'article 3:2 du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'Accord général et des autres « accords visés » de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce [...] »*²⁰¹⁶ en ajoutant que « cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »²⁰¹⁷. Plus loin, il avance que l'un des corollaires de la « règle générale d'interprétation » de la Convention de Vienne était que « l'interprétation d[evait] donner sens et effet à tous les termes d'un traité »²⁰¹⁸ et qu'« un interprète n'[était] pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »²⁰¹⁹. En d'autres termes, comme le note Hubert Lesaffre, « il faisait sien le principe de l'effet utile »²⁰²⁰.

621. Dans son deuxième rapport, établi dans l'affaire *Japon — Boissons alcooliques II*²⁰²¹, l'Organe d'appel a ajouté que l'article 32 de la Convention de Vienne, qui traitait du rôle des moyens complémentaires d'interprétation, était également devenu une règle d'interprétation générale ou coutumière et devait donc être appliquée par l'Organe d'appel²⁰²². Il va plus loin en considérant l'article 31, dans son ensemble, c'est-à-dire avec ses trois paragraphes, et non pas seulement son paragraphe premier comme il l'avait mentionné dans l'affaire précitée *États-Unis — Essence*, comme des dispositions « très pertinentes »²⁰²³. Dans la continuité de ses déclarations faites dans l'affaire susmentionnée, l'Organe d'appel entérine la règle de l'effet utile comme principe pertinent pour l'interprétation des Accords de l'OMC.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, pp.18-19.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p.19.

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ *Ibid.*, pp. 25-26.

²⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 26.

²⁰²⁰ H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 381.

²⁰²¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques* (titre abrégé, *Japon- Boissons alcooliques II*), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996. Pour un commentaire de l'affaire, voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *op.cit.*, pp. 459-462.

²⁰²² Rapport précité de l'Organe d'appel, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 12.

²⁰²³ *Ibid.* Il cite même *in extenso* les deux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne (*ibid.*, p.13). Voir V. Pace, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, *op.cit.*, p. 116.

Selon ses termes, « *un principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 est celui de l'effet utile (ut res magis valeat quam pereat)* »²⁰²⁴.

622. En somme, ces deux premiers rapports de l'Organe d'appel, *Essence et Boissons alcooliques*, sont emblématiques de la méthode interprétative adoptée²⁰²⁵. En effet, l'Organe d'appel est parvenu, à partir de la référence aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne, à construire et à définir la méthodologie d'interprétation des Accords de l'OMC²⁰²⁶. Ce faisant, l'Organe d'appel « *a fait preuve d'une grande maturité et d'une grande vélocité* »²⁰²⁷ car comme le souligne le Professeur Thiébaud Flory, l'Organe d'appel n'a pas cherché à « *vouloir isoler la matière du GATT-OMC* », ou à « *élaborer des principes d'interprétation spécifiques applicables à ce domaine* » mais de rattacher « *l'interprétation des Accord GATT-OMC aux principes généraux du droit des traités* »²⁰²⁸. Pour certains, il ne faisait aucun doute que l'Organe d'appel appliquerait les règles fondamentales d'interprétation énoncées à la Convention de Vienne²⁰²⁹.

²⁰²⁴ *Ibid.*, p.14. À l'appui de sa remarque, l'Organe d'appel cite en note de bas de page n°21 du rapport, l'annuaire de la Commission du droit international, volume II, 1966, page 239 qui dispose comme suit : « *Lorsqu'un traité est susceptible de deux interprétations, dont l'une permet et l'autre ne permet pas qu'il produise les effets voulus, la bonne foi et la nécessité de réaliser le but et l'objet du traité exigent que la première de ces deux interprétations soit adoptée* ». À ce propos, il est important de remarquer que l'article 31 de la Convention de Vienne ne parle pas explicitement de l'effet utile et le principe *ut res magis valeat quam pereat* n'y figure pas textuellement. Le Rapporteur spécial Humphrey Waldock dit qu'il a hésité à proposer d'ajouter aux règles générales le principe de l'interprétation en fonction de l'effet utile parce qu'« *il y a une certaine tendance à évaluer et à confondre cette interprétation et l'interprétation extensive ou téléologique et à lui conférer une trop grande portée* » et parce que « *l'interprétation en fonction de l'effet utile, bien comprise, peut être considérée comme implicite dans l'interprétation de bonne foi* » (voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p.62, n°27, cité par M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op.cit.*, pp. 71-72).

²⁰²⁵ É. Canal- Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *op.cit.*, p.18.

²⁰²⁶ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C : Trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p.78.

²⁰²⁷ É. Canal- Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *op.cit.*, 2000-1, p. 19.

²⁰²⁸ Th. Flory, « Chronique de droit international économique. Commerce », *Annuaire Français de Droit International*, 1996, p. 811. Selon l'auteur, « *pour la première fois depuis le début de la jurisprudence des panels du GATT, un lien a été établi entre les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne et les méthodes d'interprétation qui s'imposent aux Groupes spéciaux dans le domaine des Accords GATT-OMC* » (*ibid.*). Comme le soutient Pascal Lamy (alors Commissaire européen), « *this insistence on the use of the Vienna Convention is a clear confirmation that the WTO wants to see itself as being as fully integrated into the international legal order as possible* » (voir P. Lamy, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *The European Journal of International Law*, vol.17, n°5, 2007, p. 979, en ligne : <http://www.ejil.org/pdfs/17/5/109.pdf> (consulté le 16 janvier).

²⁰²⁹ P. Van Den Bossche, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce » : Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p.77. Comme le souligne le professeur Hélène Ruiz fabri, « *la référence à des règles généralement acceptées désignées comme guidant l'accomplissement de sa tâche serait en toute hypothèse apparue comme une démarche approprié de la part de l'Organe d'appel* » (H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C: Trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p.78). Dans la même lignée, Isabelle Seroin écrit qu'il y a peu de doute que les auteurs de la disposition selon laquelle les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel utilisent les « *règles coutumières d'interprétation du droit international public* », eurent l'intention de faire une référence indirecte

623. Dans la pratique, au fil de ses rapports, l'Organe d'appel a fait de la Convention de Vienne, « *la matrice de ses raisonnements* »²⁰³⁰ et la méthodologie d'interprétation construite à partir de cette convention s'est affirmée de plus en plus systématique²⁰³¹. D'ailleurs, le respect et le suivi de l'ordre des étapes de celle-ci, est scrupuleusement surveillé par l'Organe d'appel, au point que certains parlent d'« *une vraie police de l'interprétation* »²⁰³². Par exemple dans l'affaire *États-Unis — Crevettes*, l'Organe d'appel n'a pas hésité à tenir des propos durs qui donnent le ton « de maître d'école » à l'égard du Groupe spécial, son élève²⁰³³. Selon ses termes, « *le groupe spécial n'a pas suivi toutes les étapes de l'application des "règles coutumières d'interprétation du droit international public", comme l'exige l'article 3:2 du Mémoire d'accord. Ainsi que nous l'avons souligné à de nombreuses reprises, ces règles appellent un examen du sens ordinaire des termes d'un traité, lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité considéré. Celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doit d'abord être cherché. Lorsque le sens imparti par le texte lui-même est ambigu et n'est pas concluant, ou lorsque l'on veut avoir la confirmation que l'interprétation du texte lui-même est correcte, il peut être utile de faire appel à l'objet et au but du traité dans son ensemble* »²⁰³⁴.

624. Par ailleurs, dans l'affaire *Inde — Brevets (WT/DS50)*, l'Organe d'appel a indiqué que les principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne « *ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes*

aux principes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, et qu'ils n'aient pu s'y référer directement étant donné que plusieurs parties contractantes de l'OMC n'étaient pas parties à la Convention (comme les États-Unis) ou ne pouvaient en devenir parties (comme l'Union européenne). Voir I. Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC », *op.cit.*, p. 255.

²⁰³⁰ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C : trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p. 78.

²⁰³¹ *Ibid.*

²⁰³² H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce .Chronique du règlement des différends (1996-1998) », *op.cit.*, p.460.

²⁰³³ En ce sens, P. Van Den Bossche, « la constitution du « Tribunal mondial du commerce. Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 80

²⁰³⁴ Rapport précité de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette* (titre abrégé, *États-Unis – Crevettes*), WT/DS58/AB/R, par. 114. La démarche susmentionnée de l'Organe d'appel paraît a priori suivre l'ordre de présentation de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne. À ce propos, il convient de relever que l'article 31, pris dans son ensemble, comme le souligne le Professeur Mustafa Kamil Yasseen, n'établit pas une hiérarchie juridique des normes pour l'interprétation des traités. L'auteur explique que la Commission du droit international est arrivée à l'agencement dudit article qu'elle propose « *en s'inspirant de considérations de caractère logique et non d'une hiérarchie juridique obligatoire* ». Voir M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op.cit.*, p. 22.

qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus »²⁰³⁵. En d'autres termes, il a interdit de façon radicale de « faire dire » à un traité ce qu'il ne dit pas. Dans l'affaire *Communautés européennes — Hormones*, l'Organe d'appel a indiqué expressément qu'«...en matière d'interprétation des traités, la règle fondamentale veut que l'interprète du traité lise et interprète les mots qui ont été effectivement utilisés dans l'accord à l'examen et non les mots qui auraient dû être utilisés à son avis »²⁰³⁶.

625. Quant aux recours aux moyens complémentaires d'interprétation, l'Organe d'appel a clairement précisé les conditions de leur application en indiquant que le recours à ces moyens ne peut se faire que si, malgré l'application des règles énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne, « le sens du terme reste ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable »²⁰³⁷.

626. En somme, le « juge de l'OMC »²⁰³⁸ n'est donc pas libre de recourir aux méthodes d'interprétation qui lui paraissent les plus appropriées au cas d'espèce. Il doit au contraire suivre la méthodologie d'interprétation telle que développée par l'Organe d'appel qui prend appui sur les règles d'interprétation énoncées par la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁰³⁹. Cette méthodologie est applicable à tous les Accords de l'OMC, y compris l'Accord sur les ADPIC.

§2. Une méthode d'interprétation applicable à l'Accord de l'OMC sur les ADPIC

627. Bien qu'il soit reconnu que l'Accord sur les ADPIC a « un statut particulier relativement autonome dans l'Accord sur l'OMC »²⁰⁴⁰, la méthode d'interprétation posée par l'Organe d'appel s'applique aussi à cet accord²⁰⁴¹. Dans sa première affaire saisie dans le domaine des ADPIC, *Inde — Brevets* (WT/DS50), l'Organe d'appel a très clairement fait

²⁰³⁵ Rapport précité de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/AB/R, par. 45.

²⁰³⁶ Rapport précité de l'Organe d'Appel sur l'affaire, *Communautés européennes — Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* (titre abrégé, *CE — Hormones*), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 181.

²⁰³⁷ 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, par. 86.

²⁰³⁸ Voir *supra*, § 267.

²⁰³⁹ Il nous paraît donc légitime de parler des contraintes de l'interprétation pour reprendre l'expression de Franz Matscher. Voir F. Matscher, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », *op.cit.*, p.18.

²⁰⁴⁰ Rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, par. 7.19.

²⁰⁴¹ À ce propos, il convient de relever que l'Accord sur les ADPIC ne contient aucune disposition spécifique traitant l'interprétation.

savoir, en s'appuyant sur son fameux rapport de base *États-Unis — Essence*²⁰⁴², que les règles d'interprétation énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne « *doivent être respectées et appliquées pour interpréter l'Accord sur les ADPIC et tout autre accord visé* »²⁰⁴³. Selon ses termes, « *aussi bien les groupes spéciaux que l'Organe d'appel doivent se conformer aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne [...]* »²⁰⁴⁴.

628. De l'examen des rapports adoptés par l'ORD rendus dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, il ressort que l'approche méthodologique d'interprétation développée par l'Organe d'appel, a été scrupuleusement respectée et appliquée par les Groupes spéciaux ultérieurs.

629. Par exemple, dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), le Groupe spécial devait examiner les questions juridiques qui avaient, principalement, trait à des différences d'interprétations des articles 27:1, 30 et 33 de l'Accord sur les ADPIC. Pour ce faire, le Groupe spécial a souligné qu'il devait suivre en cela, « *les règles qui régissent l'interprétation des Accords de l'OMC* » qui sont, en l'occurrence, « *les règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne* »²⁰⁴⁵ tout en précisant que « *le point de départ est la règle énoncée à l'article 31 1)* »²⁰⁴⁶. Aussi, dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), pour examiner l'article 24:5 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial a indiqué qu'il devait « *interpréter cette disposition, comme toutes les autres dispositions des accords visés pertinentes pour le présent différend, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, ainsi que le prescrit l'article 3:2 du Mémoire d'accord* »²⁰⁴⁷. Il précise ses propos en disant que cela signifie que « *la règle générale d'interprétation des traités qui figure à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités* »²⁰⁴⁸. Selon ses termes, « *cela nécessite une interprétation de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes de l'accord dans leur contexte et à la lumière de son objet et*

²⁰⁴² Rapport précité 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, par. 46.

²⁰⁴³ *Ibid.*

²⁰⁴⁴ *Idem.*

²⁰⁴⁵ Rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.13.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ 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, par. 7.605; rapport précité 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, par. 7.605.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

de son but. Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation conformément à l'article 32 de cette convention »²⁰⁴⁹. C'est également le cas dans l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), où le Groupe spécial a souligné, avant d'entamer son examen d'une allégation formulée au titre de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui concerne les procédures pénales et les peines applicables, qu'il « appliquera la règle générale d'interprétation et, si cela s'avère nécessaire, des moyens complémentaires d'interprétation »²⁰⁵⁰.

630. Il en est de même dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176), dans laquelle le Groupe spécial a indiqué qu'il appliquerait « les principes énoncés par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis — Essence pour interpréter les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC tout au long du rapport, y compris les dispositions de la Convention de Paris (1967) incorporées dans l'Accord* »²⁰⁵¹. En effet, les règles de la Convention de Paris, auxquelles l'Accord sur les ADPIC fait référence, font bien partie, bien qu'indirectement, du corpus juridique de l'accord²⁰⁵², et doivent par conséquent être appliquées et interprétées par le Groupe spécial au même titre que les autres dispositions mentionnées dans l'Accord sur les ADPIC.

631. Par ailleurs, il est significatif de noter que la règle de l'effet utile, précédemment invoquée, a également été utilisée pour interpréter certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC²⁰⁵³. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5 de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), le Groupe spécial devait interpréter le triple critère énoncé à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Pour ce faire, il a relevé que le principe de l'effet utile « exige que nous donnions un sens distinct à chacune des trois conditions et évitions une interprétation qui pourrait rendre l'une quelconque des conditions "redondante ou inutile" »²⁰⁵⁴. De même dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176), dans laquelle l'Organe d'appel a refusé

²⁰⁴⁹ *Idem.*

²⁰⁵⁰ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.500. S'appuyant sur les rapports de l'Organe d'appel sur les affaires *États-Unis — Essence*, page 18 et *Japon — Boissons alcooliques II*, page 12 (note de bas de page n°489 du rapport précité WT/DS362/R).

²⁰⁵¹ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.16. Le Groupe spécial a, en effet, rappelé l'approche de base de l'Organe d'appel selon laquelle la règle fondamentale d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne était « devenue une règle de droit international coutumier ou général » (*ibid.*, par. 8.15).

²⁰⁵² Voir *supra*, § 126 et s.

²⁰⁵³ Voir *supra*, § 620.

²⁰⁵⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.97.

l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 1:2 de l'Accord sur les ADPIC en considérant qu'elle ne pouvait pas se concilier avec l'article 2:1 de cet accord²⁰⁵⁵. Pour arriver à cette conclusion, l'Organe d'appel a eu recours, entre autres, au principe de l'effet utile. Il a en effet considéré que, l'article 8 de la Convention de Paris de 1967 visait la protection des noms commerciaux. Selon lui, si « *l'intention des négociateurs* » était d'exclure les noms commerciaux de la protection, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure cet article dans la liste des dispositions de la Convention de Paris qui ont été expressément incorporées dans l'accord sur les ADPIC²⁰⁵⁶. Il a considéré, par conséquent, qu'« *adopter l'approche du groupe spécial reviendrait à vider l'article 8 de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC aux termes de l'article 2:1 de cet accord, de tout son sens et de tout son effet* »²⁰⁵⁷.

Section 2 : L'approche retenue par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne à l'Accord sur les ADPIC

632. L'examen pratique de l'application des règles de la Convention de Vienne par les Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pour interpréter les termes utilisés dans l'Accord sur les ADPIC, suivra l'ordre de présentation déterminé par l'Organe d'appel précédemment évoqué. D'abord « *la règle générale d'interprétation* » sera examinée (1), pour ensuite aborder « *les moyens complémentaires d'interprétation* » (2), ce qui correspond à l'examen successif des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

§1. La règle générale d'interprétation : l'article 31 de la Convention de Vienne

633. L'article 31 de la Convention de Vienne pose la règle générale d'interprétation²⁰⁵⁸ selon laquelle les traités doivent être interprétés « *de bonne foi suivant le*

²⁰⁵⁵ L'interprétation du Groupe spécial avait pour conséquence d'aboutir à ce que les noms commerciaux n'étaient pas couverts par l'Accord sur les ADPIC. Voir *infra*, 714 et s.

²⁰⁵⁶ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant sur l'ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 338.

²⁰⁵⁷ *Ibid.* Ainsi, la volonté de ne pas vider ledit article « *de tout son sens et de tout son effet* » est donc motivée, par référence claire au critère intentionnel. Pour un autre exemple d'application du principe d'effet utile, voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, par. 6.48-6.49.

²⁰⁵⁸ Pour un commentaire de l'article 31, voir J.-M. Sorel, « Article 31 de la Convention de Vienne 1969 », in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1289-1338.

sens ordinaire à attribuer aux termes du traité » (1) « *dans leur contexte* » (2) et « *à la lumière de son objet et de son but* » (3). Nous examinerons successivement l'application pratique que font les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel de ces règles d'interprétation pour interpréter l'Accord sur les ADPIC.

A. Une interprétation de bonne foi selon le sens ordinaire des termes

634. Suivant l'approche de base de l'Organe d'appel, l'interprétation doit partir du texte du traité qui contient l'intention commune des parties²⁰⁵⁹. Cela se comprend aisément : « *à quoi bon rédiger un texte dans ses moindres détails en luttant souvent sur chaque formule, si l'interprétation et l'application de l'accord ne part pas du texte consigné définitivement comme accord mais d'éléments extrinsèques les plus diverses ?* », comme l'exprime Robert Kolb²⁰⁶⁰.

635. De l'examen des rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le domaine des ADPIC, le texte a toujours été le point de départ de l'interprétation. Dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS50), l'Organe d'appel a indiqué clairement que la recherche de l'intention des Membres de l'OMC qui ont négocié le traité doit uniquement passer par l'examen des termes de ce dernier²⁰⁶¹. Aussi, dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), l'Organe d'appel a indiqué « *comme toujours, nous examinons d'abord le sens ordinaire du texte du traité* »²⁰⁶².

636. Force est de constater que pour connaître le sens ordinaire d'un terme, les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel n'hésitent pas à recourir aux dictionnaires de

²⁰⁵⁹ Les professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove relèvent que « *le texte est la trace la moins contestable de la volonté commune des parties dans l'ordre international, sinon l'unique instrument de l'interprétation, du moins son matériau privilégié* » (F. Ost et M. Van De Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 263). Dans le même sens, Charles De Visscher écrit que le texte est l'« *expression la plus certaine de l'intention commune des parties* » (Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 10). À cet égard, il importe de préciser, que si la doctrine présente souvent « l'attention commune des parties » comme étant le critère essentiel de l'interprétation, cette présentation n'en demeure pas moins confuse et inverse totalement l'ordre des notions. Comme l'explique Charles De Visscher, « *la découverte de l'intention est l'objet de l'interprétation, que la voie pour y parvenir soit directe ou indirecte. Elle est la chose à démontrer; on ne peut qualifier de critère de l'interprétation ce qui ne peut être que le résultat du travail interprétatif lui-même* » (*ibid.*, p. 50).

²⁰⁶⁰ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 409.

²⁰⁶¹ Rapport précité 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, par. 45.

²⁰⁶² Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 172.

langues²⁰⁶³. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant sur ouverture de crédits* (WT/DS176), le Groupe spécial et l'Organe d'appel se sont référés à deux dictionnaires de langue française et anglaise : *Le Petit Robert* et *The New Shorter Oxford English Dictionary*, pour définir l'expression « *telle quelle* » (ou "as is" en anglais), employée à l'article 6 quinquies A 1) de la Convention de Paris (1967)²⁰⁶⁴. Aussi, dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), le Groupe spécial a même eu recours à trois dictionnaires de langues française, anglaise et espagnole, respectivement : *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *Le Nouveau Petit Robert* et *Diccionario de la Lengua Española*, pour déterminer le sens ordinaire du verbe principale « *ne préjugeront pas* » employé à l'article 24:5 de l'Accord sur les ADPIC²⁰⁶⁵.

Toutefois, bien qu'ils soient utiles pour déterminer le sens ordinaire d'un terme, les dictionnaires doivent être utilisés avec précaution, comme l'explique l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*. Selon ses termes, « *il faudrait se rappeler que les dictionnaires donnent des indications importantes, mais non des avis déterminants, pour la définition des termes qui apparaissent dans les accords et les documents juridiques* »²⁰⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, l'Organe d'appel a précisé dans

²⁰⁶³ En effet, dans l'affaire *Communautés européennes — 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* » (rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (titre abrégé, *CE — Morceaux de poulet*), WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, par. 175, dans lequel est cité dans la note de bas de page n°342 les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis — Bois de construction résineux IV*, par. 59 ; *États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, par. 248 et *États-Unis — Jeux*, par. 166. Dans ce dernier rapport, l'Organe d'appel a indiqué que « *pour mettre en évidence le sens ordinaire, un groupe spécial peut commencer par les définitions que donnent les dictionnaires des termes à interpréter* » (par. 166).

²⁰⁶⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.76 et de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, par. 137.

²⁰⁶⁵ Rapport précité 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, par. 7.607, note de bas de page n°552 et rapport précité 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, par. 7.607, note de bas de page n°558. Certains dictionnaires anglais de référence, fort prisés par les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel, voir, entre autres, le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, par. 6.102 et de l'Organe d'appel, par. 65, note de bas de page n°46 ; rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.223, note de bas de page n°199 ; rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.249, 7.264, 7.533, 7.281 et 7.390 respectivement les notes de bas de page n°243, n°256; n°264, n°366 et n°500 ; rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.30, 7.54 et 7.68 respectivement les notes de bas de page n°393, n°411 et n°418.

²⁰⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* (titre abrégé, *États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003, par. 248.

l'affaire *Communautés européennes — Morceaux de poulet* que si « les dictionnaires étaient un "bon point de départ" pour analyser le "sens ordinaire" d'un terme conventionnel [...] ils n'étaient pas nécessairement concluants »²⁰⁶⁷. C'est la raison pour laquelle, de l'avis de l'Organe d'appel « 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 »²⁰⁶⁸. Cette approche a été rappelée par le Groupe spécial dans l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362) en indiquant qu'il « suivra l'approche expliquée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE — Morceaux de poulet* »²⁰⁶⁹.

637. Par ailleurs, selon la règle énoncée à l'article 31:1) de la Convention de Vienne « un traité doit être interprété de bonne foi ». Ce principe de « bonne foi » domine l'ensemble de la démarche interprétative de l'interprète²⁰⁷⁰. C'est d'ailleurs à partir de ce principe qu'a invoqué le Groupe spécial dans l'affaire *Inde — Brevet* (WT/DS50) le concept d'« attentes légitimes » des Membres de l'OMC pour interpréter l'Accord sur les ADPIC²⁰⁷¹. De l'avis du Groupe spécial, « une interprétation de bonne foi des traités exige la protection des attentes légitimes suscitées par la protection des droits de propriété intellectuelle prévue dans l'Accord »²⁰⁷². Cependant, l'Organe d'appel va du reste refuser cette interprétation extensive et toutes les constatations basées sur cette interprétation. Pour lui, le principe d'interprétation de bonne foi, dont il reconnaît par ailleurs la pertinence, ne saurait impliquer qu'il faille interpréter les obligations des Membres en fonction de leurs attentes légitimes²⁰⁷³. De l'avis de l'Organe d'appel, le Groupe spécial a mal appliqué l'article 31 de la Convention de Vienne. Il a en effet établi en l'espèce son propre principe d'interprétation qui n'est compatible ni avec les règles coutumières d'interprétation du droit international public ni avec la pratique établie

²⁰⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (titre abrégé, *CE — Morceaux de poulet*), WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, par. 175.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

²⁰⁶⁹ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.559. Pour une étude détaillée sur l'usage des dictionnaires et ses lacunes, voir D. Pavot, « De l'usage du dictionnaire par l'Organe d'appel de l'OMC », in V. Tomkiewicz (dir.), avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 185-207.

²⁰⁷⁰ En ce sens, É. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *op.cit.*, p. 8.

²⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁷² Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, par. 7.18.

²⁰⁷³ H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 383.

du GATT/de l'OMC²⁰⁷⁴. Selon l'Organe d'appel, les attentes légitimes des parties à un traité sont celles qui « *ressortent de l'énoncé du traité lui-même* » sans « *qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus* »²⁰⁷⁵. En somme, l'interprétation à la lumière du concept « attentes légitimes » des parties à un traité n'est donc pas, pour l'Organe d'appel, une interprétation de bonne foi de ce traité²⁰⁷⁶.

638. Cependant, la tâche de l'interprète ne s'arrête pas là. Le sens ordinaire doit être attribué aux termes d'un traité dans leur contexte comme le précise l'article 31:1 de la Convention de Vienne.

B. Une interprétation restituée dans son contexte

639. La fonction générale du contexte comme élément d'interprétation « *consiste à exiger que les divers signes et signifiés soumis au processus d'interprétation ne soient pas considérés isolément les uns des autres mais soient mis en relation afin de les faire parler comme un tout* »²⁰⁷⁷.

640. Aux termes de 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 dans leur contexte...* ». Le paragraphe 2 de cet article décrit ce qu'on peut qualifier de contexte. Il dispose qu'« *aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :*

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ».

²⁰⁷⁴ Rapport précité 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, par. 46.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, par. 45.

²⁰⁷⁶ Sur la notion d'attente légitime, voir S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *op.cit.*, pp. 388-389 ; M. Geuze & H. Wager, "WTO Dispute Settlement Practice relating to the TRIPS Agreement", *op.cit.*, pp. 364- 365 ; E. Canal-Forgues et Th. Flory, *GATT/OMC. Recueil des contentieux du 1^{er} janvier 1948 au 31 décembre 1999*, *op.cit.*, pp. 758-760.

²⁰⁷⁷ R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, *op.cit.*, p. 456. Pour certains, il s'agit sans doute de la méthode la plus « passe-partout » et la plus typique de la rationalité juridique en général. Voir F. Ost et M. Van De Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, *op.cit.*, p. 271.

D'autres textes peuvent également être pris en compte, en même temps que le contexte pour l'interprétation d'un traité international, conformément à l'alinéa 3 de cet article qui dispose qu'« *il sera tenu compte, en même temps que du contexte :a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;b) 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 ;c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ».

641. Comme indiqué ci-dessus, le paragraphe premier de l'article 31 de la Convention de Vienne recommande de lire une disposition « *dans son contexte* »²⁰⁷⁸, c'est-à-dire qu'il faut lire « *le texte du traité dans son ensemble* »²⁰⁷⁹. Il ne faut donc pas s'arrêter à un alinéa, un article, une section ou une Partie du traité. D'autres dispositions plus ou moins éloignées risquent d'apporter un éclairage signifiant à la disposition en question²⁰⁸⁰. Par exemple, dans l'affaire *Canada — Durée d'un brevet* (WT/DS170), pour se prononcer sur le sens du terme « objet » indiqué à l'article 70:2 de l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel a considéré, (bien évidemment après avoir examiné le sens ordinaire du terme), que « *les articles 27, 28, 31 et 34 de l'Accord sur les ADPIC contiennent aussi le mot "objets" se rapportant à des brevets et donnent un contexte également utile pour l'interprétation* »²⁰⁸¹. Dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), le Groupe spécial a même indiqué dans son rapport que « *dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, où étaient incorporées certaines dispositions des principaux instruments internationaux préexistants sur la propriété intellectuelle, le contexte auquel il pouvait faire appel aux fins de l'interprétation de dispositions spécifiques de l'Accord sur les ADPIC, [...], n'était pas limité au texte, au Préambule et aux Annexes de l'Accord sur les ADPIC proprement dit, mais englobait aussi les dispositions des instruments internationaux sur la propriété*

²⁰⁷⁸ De l'analyse des différends ayant donné lieu à des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ces derniers ont eu régulièrement recours de façon ordonnée au contexte, après l'examen du sens ordinaire de la disposition à interpréter. Par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevet* (WT/DS50), le Groupe spécial devait se prononcer sur la question de savoir quel était exactement le « moyen » à mettre en œuvre pour déposer des demandes suivant le système de la boîte aux lettres qui est prévu et prescrit par l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, après examen du sens ordinaire des termes de l'article 70:8, le Groupe spécial a estimé que cette analyse ne permet pas, à elle seule, d'aboutir à une interprétation définitive de la nature du moyen requis par cet alinéa. Dès lors, il s'est penché conformément à la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, sur le contexte pour pouvoir dégager le sens exact des termes de l'alinéa a) de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, par.7.24-7.26.

²⁰⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, notre de bas de page n° 49.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ Rapport précité de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, par. 65-66.

*intellectuelle incorporées dans l'Accord sur les ADPIC, [...] »*²⁰⁸². De cette conception de « contexte élargi »²⁰⁸³, le Groupe Spécial a considéré en l'espèce que « [...] l'article 9 2) de la Convention de Berne [...] est un élément contextuel important pour l'interprétation de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC »²⁰⁸⁴.

642. Aussi, dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), le Groupe spécial s'est appuyé sur l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne qui prend en compte aux fins de l'interprétation « *tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité* »²⁰⁸⁵. En l'espèce, le Groupe spécial devait déterminer si la doctrine des exceptions mineures s'applique dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Pour ce faire, il devait d'abord analyser selon lui dans quelle mesure cette doctrine fait partie de l'acquis de la Convention de Berne²⁰⁸⁶. À cette fin, le Groupe spécial a analysé le contexte conformément à l'article 31. 2) a) de la Convention de Vienne, et il est arrivé à la conclusion qu'il existait un accord sur les exceptions mineures. Selon ses termes, « *un accord au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne sur la possibilité de prévoir des exceptions mineures est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion d'une révision de la Convention introduisant des droits exclusifs additionnels, y compris ceux qui sont énoncés aux articles 11 bis 1) 3 et 11 1) 2, auxquels ces limitations devaient s'appliquer, et que cet accord est pertinent en tant que contexte pour interpréter ces articles* »²⁰⁸⁷. Cependant, dans la même affaire, le Groupe spécial n'a pas considéré que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), adopté le 20 décembre 1996, constituerait un accord ultérieur au sujet de l'interprétation d'un traité, au sens de l'article 31 3) a)²⁰⁸⁸.

643. La règle de l'article 31.3) b) de la Convention de Vienne, selon laquelle il sera tenu compte, en même temps que du contexte « *de toute pratique ultérieure suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation*

²⁰⁸² Rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, précité, par. 7.14 (caractères gras ajoutés).

²⁰⁸³ L'expression est du Groupe spécial. Voir le rapport précité du Groupe *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.15.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, par. 7.14.

²⁰⁸⁵ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.45.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, par. 6.42.

²⁰⁸⁷ *Idem.*, par. 6.53. Caractères gras ajoutés. En effet, le Groupe spécial a estimé qu'un "accord" entre les parties existe parce que, d'une part, le rapporteur général est "chargé de rappeler par une mention expresse" les exceptions mineures et, d'autre part, le rapport général de la Conférence de Bruxelles faisant état de cette mention expresse a été formellement adopté par les membres de l'Union de Berne (*ibid.*).

²⁰⁸⁸ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.69.

du traité », a aussi été utilisée pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. En effet, dans certains différends, les organes en charge du règlement ont recherché l'existence d'une pratique ultérieure²⁰⁸⁹ des parties pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. C'est le cas par exemple de l'affaire *États-Unis — Article 110 5 de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160). Brièvement, pour justifier ses deux mesures mises en cause (à savoir, l'« exception pour usage de type privé » et l'« exception pour usage dans des entreprises commerciales ») par les Communautés européennes, les États-Unis ont invoqué la « doctrine des exceptions mineures » qui permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur²⁰⁹⁰. Ils estimaient que « la doctrine des exceptions mineures » constituait une pratique ultérieure des membres de l'Union de Berne au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne²⁰⁹¹. Plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays, sur le fondement de cette doctrine des exceptions mineures, ont été portés à l'attention du Groupe spécial. Ainsi, sur la base de ces exemples, le Groupe spécial a fait droit à l'argument des États-Unis²⁰⁹². Par ailleurs, dans la même affaire, le Groupe spécial n'a pas considéré que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

²⁰⁸⁹ L'Organe d'appel, dans l'un de ses premiers rapports, *Japon — Boissons alcooliques II*, a indiqué qu'une pratique est considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité « lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Voir le rapport précité de l'Organe d'appel *Japon — Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R, page 15. Dans la note de bas de page n°24 relative à cette phrase, l'Organe d'appel se réfère aux ouvrages de Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ème édition, 1984) et Yasseen (« L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des cours*, 1976-III). Se référant à l'ouvrage précité de Sinclair, l'Organe d'appel poursuit son raisonnement en indiquant qu'« un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure » (voir la note de bas de page n°25, p.15 du rapport précité). C'est d'ailleurs sur la base de ce raisonnement que l'Organe d'appel a rejeté la conclusion du Groupe spécial selon laquelle « les rapports de groupes spéciaux adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT et l'Organe de règlement des différends de l'OMC [constituent] une pratique ultérieure dans un cas spécifique, au sens où l'expression "pratique ultérieurement suivie" est entendue à l'article 31 de la Convention de Vienne » (*ibid.*, p. 17).

²⁰⁹⁰ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 3.3 et 6.30.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, par. 6.37. En effet, de l'avis des États-Unis, la doctrine des exceptions mineures ne se limite pas aux exemples spécifiques mentionnés dans les rapports des Conférences diplomatiques de Bruxelles et de Stockholm. Il n'y a pas de prescription voulant que les utilisations visées par les exceptions aient un caractère non commercial. En outre, elle ne se limite pas aux exceptions préexistantes en vigueur avant 1967 ou toute autre date (*ibid.*).

²⁰⁹² Le Groupe spécial a en effet considéré que « la pratique des États telle qu'elle transparait dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des Membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable pour eux », confirmant ainsi la conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures (rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.55). Le Groupe spécial a toutefois ajouté la mise en garde suivante : « en donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une "pratique ultérieure" au sens de l'article 31, paragraphe 3) b) de la Convention de Vienne » (*ibid.*, note de bas de page n°68).

(WCT), adopté le 20 décembre 1996, constituerait une pratique ultérieure au sens de l'article 31.3) de la Convention de Vienne²⁰⁹³.

644. Il y a lieu de citer aussi l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), mais dans celle-ci le Groupe a refusé de recourir à la « *pratique ultérieure* » comme moyen d'interprétation de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC. En l'espèce, la Chine (partie défenderesse) a fait référence à certains éléments qu'elle considère comme étant « la pratique ultérieurement suivie », au sens de l'article 31.3) b) de la Convention de Vienne, dans l'application de l'Accord sur les ADPIC. Parmi ces éléments, figuraient 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-Unis²⁰⁹⁴. Or, le Groupe spécial a passé en revue ces éléments et a considéré qu'« *ils ne sont pas suffisamment nombreux pour que l'on puisse y discerner des actes ou déclarations communes et d'une certaine constance* »²⁰⁹⁵. Il en est de même dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), dans laquelle le Groupe spécial n'a pas accordé de poids à l'argument du Canada (partie défenderesse) selon lequel la règle de l'article 31:3 b) confirmait la conclusion que ses exceptions (mesures en causes) correspondaient tout à fait au sens ordinaire du texte de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC relatif aux exceptions aux droits conférés par un brevet²⁰⁹⁶. Le Canada a fait observer qu'après la conclusion de l'Accord sur les ADPIC quatre autres Membres de l'OMC (Argentine, Australie, Hongrie et Israël) avaient adopté une législation contenant des exceptions semblables pour l'examen réglementaire et que le Japon et le Portugal avaient l'un et l'autre adopté des interprétations de la législation existante en matière de brevets qui confirmaient les exemptions pour les présentations en vue de l'examen réglementaire²⁰⁹⁷. Cependant, le Groupe spécial a rejeté cet argument parce que les actes ultérieurs des différents pays ne constituaient pas une « *pratique (...) suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité*" au sens de l'article 31.3 b) de la Convention de Vienne »²⁰⁹⁸.

²⁰⁹³ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.69.

²⁰⁹⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.580.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, par. 7.581.

²⁰⁹⁶ Rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 4.15.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, par. 7.47.

²⁰⁹⁸ *Idem.*

645. Quant à la règle de l'article 31: 3 c) de la Convention de Vienne selon laquelle il sera tenu compte en même temps que du contexte de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre parties* », elle n'a jamais été utilisée pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC. On notera ici que cette disposition a une utilité particulière. Elle traite, en effet, directement de la question de la pertinence d'autres règles de droit international pour l'interprétation d'un traité²⁰⁹⁹. Elle exprime l'objectif d'« *intégration systémique* » selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait²¹⁰⁰. L'objectif est de promouvoir une certaine « cohérence » en droit international, afin que le traité soit interprété de manière à éviter les conflits avec d'autres traités²¹⁰¹. Le Groupe spécial a considéré que « *textuellement, cette référence semble suffisamment large pour englober toutes les sources de droit international public généralement acceptées, c'est-à-dire i) les conventions internationales (traités), ii) la coutume internationale (droit international coutumier) et iii) les principes généraux de droit reconnus* »²¹⁰². À ce titre, cette disposition mérite une attention particulière car, non seulement, elle ouvre la porte à la prise en compte d'autres traités extérieurs existant en matière de propriété intellectuelle pour interpréter les obligations de l'Accord sur les ADPIC, mais elle permet aussi, ce qui est particulièrement pertinent, de prendre en compte d'autres traités de droit international²¹⁰³, par exemple le droit de l'environnement ou les droits de l'homme ou encore le droit du développement²¹⁰⁴. C'est

²⁰⁹⁹ À cet égard, il y a lieu de rappeler que si les organes chargés du règlement des différends de l'OMC peuvent utiliser, en application de la règle 31.3 c) de la Convention de Vienne, des règles extérieures quand ils seront amenés à clarifier les obligations des Membres, ils ne peuvent cependant pas être saisis sur le fondement de la violation d'une règle extérieure au droit de l'OMC.

²¹⁰⁰ Nations Unies, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, p. 6, § 17. Disponible en ligne : <http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-3/Fragmentacion.pdf>. (consulté le 16 janvier 2016).

²¹⁰¹ G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », traduit de l'anglais par Anamaria Postelnicu, *European Journal of International Law*, 2002, vol.13, n°4, p. 26. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.rongead.org/IMG/pdf/OMCetdroitsdelhomme.pdf> (consulté le 26 janvier 2017). Le Professeur Philippe Sands écrit à cet égard que le mécanisme interprétatif de l'article 31:3c) de la Convention de Vienne est « *apparemment l'unique outil disponible pour résoudre les conflits entre branches du droit, et entre traité et coutume* » (P. Sands, « Vers une transformation du droit international ? Institutionnaliser le doute », in *Droit international 4*, Institut des hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1999/2000, p. 214).

²¹⁰² Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, par. 7.67. Il convient de remarquer que l'ordre d'énumération des sources suit clairement celui retenu à l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice. Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », *Annuaire français de droit international*, 2006, vol.52, p. 506.

²¹⁰³ S. Frankel, "WTO Application of "the Customary Rules of Interpretation of Public International Law", to Intellectual Property", *op.cit.*, p. 421.

²¹⁰⁴ Philippe Sands écrit à cet égard que « *l'article 31 3c) a une applicabilité potentiellement générale qui pourrait recouvrir les relations entre d'autres branches et d'autres normes, y compris les droits de l'homme et le*

une méthode prometteuse pour promouvoir un ordre qui concilie les valeurs marchandes et non marchandes²¹⁰⁵. Cependant, cette application semble être difficile à l'avenir car le même Groupe spécial a interprété le terme « parties » employé par les termes de l'article 31:3 c) comme ne visant pas uniquement les parties en conflit, mais s'entendant « *d'un État qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur* »²¹⁰⁶. En d'autres termes, pour qu'une règle de droit international extérieure à l'OMC soit utilisée dans l'interprétation des obligations de l'OMC, il faudrait que tous les Membres de l'OMC en soient également parties et non pas seulement les parties au différend²¹⁰⁷. Cette approche restrictive du Groupe spécial réduirait donc un bon nombre de traités extérieurs pouvant être utilisés dans l'interprétation des obligations de l'OMC au titre de l'article 31:3 c)²¹⁰⁸. De ce fait, le regard du Groupe spécial serait limité à l'égard de la prise en compte de certains traités pertinents en matière de droit international en général²¹⁰⁹ et de droits de propriété intellectuelle en particulier²¹¹⁰. Pour certains, cette interprétation restrictive du Groupe

droit du développement, le commerce et le travail, (...) ». Selon l'auteur, « *les règles issues de différentes branches interfèrent de plus en plus en pratique. Elles s'entremêlent et entrent en concurrence. Ces branches, apparemment distinctes, n'existent pas indépendamment l'une de l'autre. Les droits de l'homme et le droit du développement sont -et doivent être- connectés* » (Ph.Sands, « Vers une transformation du droit international ? Institutionnaliser le doute », *op.cit.*, pp. 213 et 215).

²¹⁰⁵ Par exemple, dans le débat sur la prise en compte de la santé par le droit de l'OMC en matière de propriété intellectuelle, débat aujourd'hui révolu après la Déclaration de Doha (sur laquelle nous reviendrons plus tard) beaucoup d'auteurs ont relevé que certaines dispositions sur les droits de l'homme pouvaient être pertinentes dans l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. À ce sujet, voir G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *op.cit.*, pp. 27-28.

²¹⁰⁶ Rapport précité du Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, par. 7.68. Sur la base de ce raisonnement que le Groupe spécial a refusé la prise en compte de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole de Carthagène sur la biosécurité. Voir E. Canal-Forgues, *Le règlement des différends de l'OMC*, *op.cit.*, p. 119. Voir également M. Young, « The WTO's use of relevant rules of international law: An analysis of the *Biotech* case », *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, 56 (4), pp. 907- 929.

²¹⁰⁷ En ce sens, G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 23 ; É. Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, *op.cit.*, p. 119 ; C. Arup, « TRIPS as competitive and cooperative interpretation », in J. Malbon and C. Lawson (dir.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, p. 15 ; S. Frankel, « WTO Application of "the Customary Rules of Interpretation of Public International Law", to Intellectual Property », *op.cit.*, pp. 411-412 ; W. Abdelgawad, C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis, « Chronique de jurisprudence. Chronique du règlement des différends de l'OMC (2006-2008) », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2008, n°3, p. 372.

²¹⁰⁸ Comme l'a fait observer Gabrielle Marceau, cette interprétation est particulièrement problématique dans le cas des traités. Selon l'auteur, « *peu d'accords internationaux, voire aucun, ont les mêmes Membres, bien que certains puissent inclure tous les Membres de l'OMC, plus d'autres Membres n'en faisant pas partie. Mais exiger qu'un tel traité extérieur à l'OMC ait au moins les mêmes Membres que l'OMC créerait également des situations illogiques. A mesure que le nombre des Membres de l'OMC augmenterait, de moins en moins d'accords internationaux pourraient suivre la même évolution. Ceci est d'autant plus vrai que l'OMC admet des Membres non-souverains : il serait donc impossible pour l'OMC d'avoir les mêmes Membres qu'un autre traité. D'où un résultat paradoxal de voir l'OMC, du moins en théorie, être de plus en plus isolée des autres systèmes juridiques internationaux à mesure qu'elle s'agrandirait* » (G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 23).

²¹⁰⁹ Ce qui pourrait certainement nuire à une prise en compte effective de valeurs non marchandes.

²¹¹⁰ Comme par exemple le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT). En effet, comme le souligne Susy Frankel, « *The members of the TRIPS Agreement will not be exactly the same as the members of the WCT* ». (S.

spécial²¹¹¹ aurait la conséquence fâcheuse de faire ressurgir les risques d'isolement du droit de l'OMC et au-delà, de la fragmentation du droit international²¹¹².

646. Enfin, selon l'article 31 de la Convention de Vienne, l'interprète d'un traité doit également tenir compte de l'objet et du but de ce traité pour déterminer le sens de ses dispositions.

C. Une interprétation à la lumière de « l'objet et du but » du traité

647. Un traité, dit également le paragraphe premier de l'article 31 de la Convention de Vienne, doit être interprété « [...] à la lumière de son objet et de son but »²¹¹³. Robert Kolb, explique que l'interprétation par l'objet et le but, cherche « à fixer la signification d'une norme en tenant compte du but, de la finalité poursuivie par la norme, de la raison d'être de cette norme »²¹¹⁴.

Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *op.cit.*, p. 414).

²¹¹¹ L'interprétation restrictive du Groupe spécial du terme « parties », employé à l'article 31:3c) de la Convention de Vienne, a beaucoup été critiquée par la doctrine. Voir les commentaires de : S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *op.cit.*, p. 421 ; G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 23 ; C. Arup, "TRIPS as competitive and cooperative interpretation", *op.cit.*, p.15 ; W. Abdelgawad, C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis, « Chronique de jurisprudence. Chronique du règlement des différends de l'OMC (2006-2008) », *op.cit.*, p. 372.

²¹¹² W. Abdelgawad, C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis, « Chronique de jurisprudence. Chronique du règlement des différends de l'OMC (2006-2008) », *op.cit.*, pp. 372-373 ; S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law", to Intellectual Property", *op.cit.*, p.411 ; G. Marceau, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *op.cit.*, p. 23.

²¹¹³ Elle est aussi appelée l'interprétation téléologique. Le mot « téléologique » vient précisément de l'expression « *telos* » qui signifie, en grec, le but, la finalité, l'objectif visé. À ce sujet, voir R. Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, *op.cit.*, p. 531, note de bas de page, n°443.

²¹¹⁴ *Ibid.*, p. 531. À cet égard, dans le cadre de l'OMC, la question s'est posée si l'interprète s'attache à l'objet et au but du traité ou d'une disposition conventionnelle particulière. L'Organe d'appel a apporté des précisions dans l'affaire *Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* dans laquelle il a indiqué que l'expression « *son objet et ... son but* " précise que le point de départ pour établir l'"objet et [le] but" est le traité lui-même, dans son intégralité ». Par ailleurs, l'Organe d'appel n'a pas estimé que « l'article 31 1) empêche de tenir compte de l'objet et du but de termes particuliers du traité, si cela aide l'interprète à déterminer l'objet et le but du traité dans son ensemble. Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait dissocier l'objet et le but d'un traité de l'objet et du but de dispositions conventionnelles spécifiques, ou inversement. Dans la mesure où l'on peut parler de l'"objet et du but d'une disposition conventionnelle", cet objet et ce but seront éclairés par l'objet et le but du traité tout entier dont elle n'est qu'un élément, et seront conformes à ces derniers » (rapport précité de l'Organe d'appel, *Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/AB/R WT/DS286/AB/R, par. 238).

648. De l'analyse des rapports des organes chargé du règlement des différends, la référence à l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC est aussi présente dans l'examen des dispositions concernées mais toujours après les autres étapes précédemment évoquées, à savoir le texte et le contexte. À titre d'exemple, dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), le Groupe spécial a très clairement indiqué qu'il n'adopterait pas « *une approche en matière d'interprétation du traité qui produirait un résultat susceptible, d'un point de vue, de favoriser la réalisation de l'objet et du but de l'Accord, mais qui ne serait pas étayé par le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte* »²¹¹⁵. Aussi, dans l'affaire *États-Unis — Brevets* (WT/DS50), l'Organe d'appel devait déterminer quelle était la bonne interprétation à donner de la prescription de l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC selon laquelle un Membre offrira « un moyen » de déposer des demandes de brevet pour des inventions concernant des produits pharmaceutiques ou des produits chimiques pour l'agriculture²¹¹⁶. L'Organe d'appel a estimé, comme le Groupe spécial, que « *[l']analyse du sens ordinaire de ces termes ne permet pas à elle seule d'aboutir à l'interprétation définitive de la nature du "moyen" requis par cet alinéa* »²¹¹⁷. Ainsi, pour saisir le sens des termes de l'article 70:8 a), l'Organe d'appel a examiné cette disposition dans son contexte et puis « *à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur les ADPIC* »²¹¹⁸.

649. Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que l'interprétation par l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC a été utilement utilisée par les parties au différend. C'est d'ailleurs le cas que témoigne l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114). En effet, pour justifier ses deux mesures mises en cause (à savoir l'« exception pour l'examen réglementaire » et l'« exception pour le stockage ») par les Communautés européenne²¹¹⁹, le Canada (partie défenderesse) a particulièrement pris appui sur les articles 7 et 8:1 de l'Accord sur les ADPIC qu'il jugeait en rapport avec le but et l'objectif de l'article 30

²¹¹⁵ Rapport précité 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, par. 7.624 et rapport précité 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, par. 7.624.

²¹¹⁶ Rapport précité 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, p.12, par. 28 a).

²¹¹⁷ *Ibid.*, par. 55, et rapport précité du Groupe spécial, WT/DS50/R, par. 7.25.

²¹¹⁸ Rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, par. 59. Après examen, l'Organe d'appel a jugé que l'interprétation du Groupe spécial est compatible avec l'objet et le but de l'Accord sur les ADPIC, entre autres choses, de « *la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle* » annoncé dans le préambule de l'Accord » (*ibid.*).

²¹¹⁹ Rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.1

qui autorise des exceptions limitées²¹²⁰. Le Groupe spécial a partagé cette argumentation canadienne en indiquant que le libellé des conditions énoncées à l'article 30 doit, à cet égard, être examiné avec un soin particulier en tenant « *compte à la fois des objectifs et des limitations énoncés aux articles 7 et 8:1 ainsi que de ceux figurant dans d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui indiquent son objet et ses buts* »²¹²¹.

650. À côté de la règle d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, les organes en charge du règlement des différends ont fait, également, référence à l'intention des parties au travers des moyens complémentaires prévus par l'article 32 de ladite convention pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

§2. Les moyens complémentaires d'interprétation : l'article 32 de la Convention de Vienne

651. L'article 32 est considéré comme un moyen complémentaire d'interprétation auquel il n'est fait appel qu'après l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne²¹²². Cet article stipule qu'« *il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :*

a) Laisse le sens ambigu ou obscur ;

ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

652. À cet égard, il y a lieu de remarquer que l'article susmentionné ne donne pas une liste précise et exhaustive de moyens complémentaires ; il en mentionne les plus importants, les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu²¹²³. Aussi, deux situations importantes sont à relever de cette disposition. L'interprète

²¹²⁰ *Ibid.*, par. 7.23 -7.24.

²¹²¹ *Idem.*, par. 7.26. Pour un autre exemple, voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, par. 59.

²¹²² M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op.cit.*, p. 92.

²¹²³ Ainsi, l'interprète disposera d'une certaine liberté dans le choix des moyens qui pourraient jeter quelques lumières sur le sens du traité. En ce sens, M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op.cit.*, p. 79. Pour un commentaire de l'article 32, voir Yves Le Bouthillier, « Article 32 de la Convention de Vienne 1969 » in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le*

peut faire appel à ces moyens complémentaires d'interprétation *pour confirmer* le sens d'un terme d'un traité que lui auraient déjà clairement révélé les moyens prévus à l'article 31, mais il peut aussi les utiliser *pour déterminer* le sens si aucune interprétation satisfaisante n'émerge de la méthode dictée par l'article 31²¹²⁴. Toutefois, cette dernière possibilité est limitée aux seuls cas où l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ; ou conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable.

653. Dans la pratique, dans le cadre de l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, le recours des organes de règlement des différends à ces moyens complémentaires d'interprétation a été utilisé uniquement pour confirmer une interprétation d'un terme donnée conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne. Ainsi en est-il, par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets* (WT/DS79), où le Groupe spécial a utilisé l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC pour confirmer le sens résultant de l'application des règles énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne²¹²⁵. Il en est de même dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), où le Groupe spécial a fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, en particulier à un projet de texte, pour confirmer le sens résultant de l'application de la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31²¹²⁶. Aussi dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), le Groupe spécial a trouvé confirmation de son interprétation de la possibilité de prévoir des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC dans les travaux préparatoires de cet accord, plus précisément, dans la documentation établie au cours des négociations du Cycle d'Uruguay du GATT relatives à l'Accord sur les ADPIC²¹²⁷. Dans

droit des traités. Commentaire article par article, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1339-1368 ; É. Canal-Forgues, « Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international », *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 901-937.

²¹²⁴ Y. Le Bouthillier, « Article 32 de la Convention de Vienne 1969 », *op.cit.*, p. 1346.

²¹²⁵ Rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, par. 7.40, note de bas de page n°110.

²¹²⁶ Rapport précité 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, par. 7.624 et rapport précité 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, par. 7.624.

²¹²⁷ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.64. Dans la note de bas de page n°80 du rapport, le Groupe spécial a indiqué qu'il n'a pas jugé « nécessaire de déterminer si la documentation établie au cours du Cycle d'Uruguay du GATT constitue des "travaux préparatoires" ou est en rapport avec les "circonstances dans lesquelles ... a été conclu" l'Accord sur les ADPIC tel qu'il est annexé à l'Accord instituant l'OMC ». Pour certains auteurs, l'utilisation des travaux préparatoires propres à l'Accord sur les ADPIC paraît plus difficile, car la plupart des dispositions de l'accord sont le résultat de compromis entre positions radicalement opposées des pays les plus industrialisés et des pays en développement. Le problème est, alors, de déterminer laquelle de ces positions a prévalu dans la rédaction

l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), le Groupe spécial a eu aussi recours à l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC pour confirmer son interprétation résultant de l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne²¹²⁸.

654. Dans l'affaire *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (WT/DS176), le Groupe spécial a également eu recours à l'article 32 de la Convention de Vienne pour confirmer son interprétation selon laquelle les noms commerciaux ne sont pas couverts par l'Accord sur les ADPIC²¹²⁹. Cependant, l'Organe d'appel a rejeté cette interprétation jugeant, entre autres, que les documents, sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé, ne permettent pas d'établir si l'Accord sur les ADPIC couvre les noms commerciaux. Selon ses termes, « *les passages de l'historique de la négociation de l'article 1:2 cités par le Groupe spécial ne font même pas mention des noms commerciaux. Il n'y a absolument rien dans ces passages qui indique que les Membres étaient ou pour ou contre leur inclusion* »²¹³⁰.

655. Par ailleurs, une précision importante a été apportée par le Groupe spécial dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), concernant l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC dont il faut tenir compte au moment d'interpréter les dispositions de cet accord. En effet, le Groupe spécial a indiqué qu'en raison du contexte élargi qui engloberait les dispositions des instruments internationaux sur la propriété intellectuelle incorporées dans l'Accord sur les ADPIC²¹³¹, « *l'interprétation pouvait aller au-delà de l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC proprement dit et inclure aussi celui des instruments internationaux sur la propriété intellectuelle qui y étaient incorporés* »²¹³². La même approche a été utilisée dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), pour interpréter l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. En effet, le Groupe spécial a relevé que les termes utilisés à l'article 13 de l'Accord

finale de l'article visé (voir O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p. 195). Selon Jayashree Watal, “*in the absence of any agreed negotiating history of TRIPS, interpretation of the controversial clauses of this Agreement is largely a matter of opinion of negotiators and experts. In controversial areas, where the language in the text was left ambiguous, such opinions may be seen as a means to claw back what has been lost in the negotiations*” (J. Watal, “The TRIPS Agreement and Developing Countries Strong, Weak or Balanced Protection?”, *op.cit.*, p. 307).

²¹²⁸ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, par. 7.238 et la note de bas de page n°231.

²¹²⁹ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 332 et 340 et le rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R, par. 8.31-8.40.

²¹³⁰ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, précité, par. 339.

²¹³¹ Rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.14.

²¹³² *Ibid.*, par. 7.15.

sur les ADPIC trouvent leur origine dans les termes semblables utilisés à l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971), bien que ce dernier s'applique uniquement dans le cas du droit de reproduction²¹³³. Il a alors estimé que « *les travaux préparatoires concernant l'article 9 2) de la Convention de Berne peuvent donner une idée de la façon dont les termes utilisés étaient censés à l'origine être compris* »²¹³⁴.

656. Après ces précisions d'ordre pratique de l'approche retenue par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel des règles d'interprétation énoncées à la Convention de Vienne pour interpréter l'Accord sur les ADPIC, il convient à présent d'examiner la contribution apportée à cet égard.

Chapitre 2 - L'apport des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC

657. À ce jour, dix décisions de l'ORD ont été rendues au titre de l'Accord sur les ADPIC sur la base des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Le nombre est certes faible, mais ces décisions sont d'une importance fondamentale dans la mesure où elles contiennent des enseignements précieux sur des questions cruciales concernant l'Accord sur les ADPIC (Section 1). À ce titre, il semble qu'une jurisprudence dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC est en cours de construction (Section 2).

Section 1 - Les principales questions examinées par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

658. À l'occasion du traitement des différends dont ils sont saisis, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont considérablement contribué, à partir de la mission de clarification qui leur est reconnue, à éclairer le contour de nombreuses et diverses questions concernant l'Accord sur les ADPIC. C'est à ces dernières questions et aux réponses qu'elles ont reçues des organes de règlements que s'intéressera la présente section. L'attention portera,

²¹³³ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.72.

²¹³⁴ *Ibid.*, note de bas de page n°95.

d'abord, sur l'importante question portant sur les exceptions prévues à l'Accord sur les ADPIC (§1) avant d'en examiner les autres questions cruciales (§2).

§1. Les questions relatives aux exceptions prévues par l'Accord sur les ADPIC

659. Dans le domaine des exceptions, les Groupes spéciaux ont eu l'occasion d'apporter plusieurs éclaircissements quant à la portée de la doctrine des exceptions mineures et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC (A). Un important éclairage a aussi été apporté sur la portée de l'article 30 et de la possibilité d'avancer le motif de santé comme exception légitime au droit des brevets (B). On ne manquera pas aussi de relever les apports des Groupes spéciaux à l'édifice des exceptions concernant les conditions à appliquer pour évaluer l'admissibilité d'une exception ou limitation concernant un droit visé par l'Accord sur les ADPIC (C).

A. La portée de la doctrine des exceptions mineures et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

660. La question a été traitée dans le différend qui opposait États-Unis aux Communautés européennes au sujet de la conformité à l'Accord sur les ADPIC des dispositions des alinéas A et B de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur qui énoncent respectivement « l'exception pour usage de type privé » et « l'exception pour usage dans des entreprises commerciales »²¹³⁵. Les Communautés européennes (partie plaignante) alléguaient que les exceptions prévues aux alinéas A et B de l'article 110 5), étaient incompatibles avec les articles 11 1) 2 et 11 bis 1) 3 de la Convention de Berne tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9:1 de celui-ci et qu'elles ne pouvaient être justifiées au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible en vertu de la Convention de Berne (1971) ou de l'Accord sur les ADPIC²¹³⁶.

²¹³⁵ Sur le détail de ces deux exceptions, voir *supra*, §563 et s.

²¹³⁶ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 3.1. Pour une meilleure compréhension des développements et explications à venir, il convient de reprendre ici une partie de ces dispositions pertinentes : l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres de l'OMC à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) (à l'exception de l'article 6bis relatif aux droits moraux et aux droits qui en sont dérivés) et à l'Annexe de ladite convention. L'article 11 1) 2 de la Convention de Berne (1971) dispose que « *les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico- musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 2° la transmission publique par tous moyens de la représentation ou de l'exécution de leurs œuvres* ». L'article 11bis 1) 3 de la Convention de Berne (1971) dispose que « *les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée* ». Comme il est dit plus haut, les Communautés européennes formulent des allégations à l'encontre de l'article 110 5) essentiellement au titre de l'article 11bis 1) 3° qui vise la communication publique d'une œuvre

661. Cependant, les États-Unis soutenaient que les dispositions de l'article 110 5) étaient pleinement compatibles avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Comme moyen de défense, ils ont invoqué la doctrine des exceptions mineures applicable en vertu de certaines dispositions de la Convention de Berne. Selon eux, en incorporant les dispositions de fond de la Convention de Berne dans l'Accord sur les ADPIC, ce dernier permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur²¹³⁷. De l'avis des États-Unis, la doctrine des exceptions mineures s'applique aux droits exclusifs prévus aux articles 11 1) et 11 *bis* 1) de la Convention de Berne et que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC énonce la norme applicable aux exceptions mineures dans le cadre de la Convention de Berne en ce qui concerne ces articles²¹³⁸. Selon ce raisonnement, les exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13²¹³⁹.

662. Toutefois, les Communautés européennes n'étaient pas d'accord avec la thèse soutenue par les États-Unis. Selon elles, l'article 13 s'applique uniquement aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et que, par conséquent, il ne s'applique pas aux dispositions de la Convention de Berne, y compris les articles 11 1) et 11 *bis* 1) de cette dernière, qui ont été incorporées par référence dans l'Accord sur les ADPIC²¹⁴⁰. Elles ont soutenu que les droits conférés au titre des articles premier à 21 de la Convention de Berne, tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation qu'en raison d'exceptions préexistantes applicables en vertu de la Convention de Berne²¹⁴¹. De l'avis des Communautés européennes, leur position est étayée par l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 20 de la Convention de Berne, qu'elles interprètent comme une prohibition de toute dérogation aux normes de protection existantes dans le cadre de la Convention de Berne²¹⁴².

radiodiffusée qui a été transmise en un certain point par la voie hertzienne. Mais les allégations des CE portent également sur l'article 11 1) 2° dans la mesure où une communication publique concerne des situations où la transmission a été faite entièrement par fil. Les deux dispositions, c'est-à-dire les articles 11bis 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne, ne sont impliquées que si l'opération de radiodiffusion ou de communication comporte un élément public (rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.26 et 6.28).

²¹³⁷ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 3.3. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé « limitations et exceptions », dispose que « *les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ».

²¹³⁸ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.30-6.35 et 6.79.

²¹³⁹ *Ibid.*, par. 3.3.

²¹⁴⁰ *Ibid.*, par. 6.34 et 6.75.

²¹⁴¹ *Ibid.*, par. 6.34.

²¹⁴² *Idem*. De l'avis des Communautés européennes, l'article 20 de la Convention de Berne (1971) ne permet pas d'interpréter l'article 13 comme constituant une base pour des exceptions aux droits conférés par la

663. Ce différend est très intéressant, car il a permis d'éclairer deux questions importantes concernant l'Accord sur les ADPIC en relation avec la Convention de Berne. La première concerne l'applicabilité de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Et, la deuxième concerne l'applicabilité de l'article 13 aux articles 11 *bis* 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC.

664. Pour examiner la première question, à savoir l'applicabilité de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC²¹⁴³, l'analyse du Groupe spécial a été constituée de deux grandes étapes. Tout d'abord, le Groupe spécial a examiné la question de savoir dans quelle mesure cette doctrine fait partie de l'acquis de la Convention de Berne et des différents points de vue des parties quant à la portée de la doctrine. Ensuite, son analyse a porté sur la question de savoir si cette doctrine, au cas où il est constaté qu'elle s'applique dans le cadre de certains articles de la Convention de Berne, a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 dudit accord, en même temps que les articles premier à 21 de la Convention de Berne²¹⁴⁴.

Suivant cet ordonnancement d'étapes, le Groupe spécial a répondu par l'affirmative à la première question quant à savoir si « la doctrine des exceptions mineures » évoquée par les États-Unis faisait partie de l'acquis de la Convention de Berne²¹⁴⁵. En effet, le Groupe spécial a estimé que la doctrine des exceptions mineures faisait partie du contexte des articles 11 et 11 *bis* de la Convention de Berne en vertu d'un accord au sens de l'article 31 2) a) de la

Convention de Berne qui ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, parce que l'article 20 de la Convention permet simplement aux « *pays de l'Union [de Berne] ... de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention [de Berne]* ». En d'autres termes, les Communautés européennes soutiennent que les parties à la Convention de Berne ne peuvent pas convenir dans le cadre d'un autre traité de réduire le niveau de protection assuré par la Convention de Berne (*ibid.*, par. 6.76). En outre, les Communautés européennes ajoutent que l'article 20 de la Convention de Berne est reflété dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 2 2) qui est libellé comme suit: « *Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés* » (*ibid.*, par. 6.77). Subsidiairement à leur argument principal, les Communautés européennes soutiennent que, même si l'on devait considérer que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC joue un rôle dans le contexte des exceptions aux droits exclusifs conférés par la Convention de Berne, il faudrait respecter un principe selon lequel l'objectif de l'Accord sur les ADPIC est de réduire ou d'éliminer les exceptions existantes plutôt que d'en accorder de nouvelles ou d'élargir celles qui existent. Les Communautés européennes se réfèrent à la différence de libellé entre l'article 13 (« *les Membres restreindront les limitations ... ou exceptions* ») et les articles 17, 26:2) et 30 de l'Accord sur les ADPIC (« *les Membres pourront prévoir des exceptions limitées* ») (*ibid.*, par. 6.78).

²¹⁴³ Pour conduire son raisonnement, le Groupe spécial s'est appuyé sur les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.43 - 6.44.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 6.42.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 6.47 à 6.53.

Convention de Vienne²¹⁴⁶. Quant à la portée de cette doctrine, les parties avaient des points de vue différents. De l'avis des Communautés européennes, la portée des limitations autorisées en vertu de la doctrine des exceptions mineures est limitée aux exemples donnés dans les actes des Conférences de Bruxelles et de Stockholm à savoir à la représentation ou l'exécution publique d'œuvres au cours de cérémonies religieuses, par des fanfares militaires et pour les nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation.²¹⁴⁷ Selon, elles ces utilisations se distinguent par leur caractère non commercial²¹⁴⁸. Cependant, les États-Unis rejettent cette interprétation²¹⁴⁹. À leur avis, la possibilité de prévoir des exceptions mineures ne se limite pas aux exemples spécifiques mentionnés dans les actes des Conférences diplomatiques de Bruxelles et Stockholm. Ils font valoir que l'élément déterminant de la doctrine des exceptions mineures est qu'une limitation ou exception doit être de caractère minime pour être admissible. À leur avis, il n'y a pas aussi de prescription voulant que les utilisations visées par les exceptions aient un caractère non commercial²¹⁵⁰. Après examen, le Groupe spécial a tranché et considéré que « *le caractère non commercial de l'utilisation (...) n'est pas un élément déterminant pour autant que l'exception énoncée dans la législation nationale soit effectivement mineure* »²¹⁵¹ et que l'application de la doctrine « *n'est pas limitée aux exemples donnés dans les rapports des conférences de révision de la Convention de Berne tenues à Bruxelles et à Stockholm, aux utilisations exclusivement non commerciales ou aux exceptions énoncées dans la législation nationale qui existaient avant 1967* »²¹⁵².

Quant à l'analyse du statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC²¹⁵³, le Groupe spécial a indiqué selon ses termes que « *rien dans le libellé de l'Accord sur les ADPIC n'indique que les articles 11 et 11 bis ont été incorporés à l'Accord en vertu de l'article 9:1 de ce dernier sans entraîner la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs. S'il s'était agi d'incorporer uniquement le texte des articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971), et non l'ensemble de l'acquis de Berne concernant ces articles, l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC l'aurait*

²¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 6.43- 6.53 et 6.92. Le Groupe spécial se fonde sur les rapports des conférences diplomatiques de Bruxelles de 1948, de Stockholm de 1967 et de Paris de 1971, ainsi que sur la pratique des États.

²¹⁴⁷ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.36 et 6.56.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 6.36 et 6.56.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, par. 6.37 et 6.56.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 6.37.

²¹⁵¹ *Ibid.*, par. 6.58.

²¹⁵² *Ibid.*, par. 6.93.

²¹⁵³ C'est-à-dire savoir si la doctrine des exceptions mineures a été ou non incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 de ce dernier, en même temps que les articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) dans le cadre de l'acquis de Berne. Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.60.

explicitement indiqué »²¹⁵⁴. Il en résulte selon le Groupe spécial qu' « en l'absence d'exclusion expressément énoncée à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, l'incorporation des articles 11 et 11 bis de la Convention de Berne (1971) dans l'Accord englobe l'ensemble de l'acquis de ces dispositions, y compris la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs »²¹⁵⁵.

665. Quant à la deuxième question, à savoir l'applicabilité de l'article 13 aux articles 11 bis 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial a d'abord noté la différence de libellés entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et de celui qui tire son origine : l'article 9 (2) de la Convention de Berne (1971)²¹⁵⁶. Selon le Groupe spécial, « à part la différence concernant l'utilisation des termes "permettre" et "restreindront", la principale différence entre l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est que le premier s'applique uniquement au droit de reproduction. Le libellé de l'article 13 n'énonce pas une limitation expresse en fonction des catégories de droits relevant du droit d'auteur auxquelles il peut s'appliquer. Il indique que des limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits ne peuvent être mises en place que si trois conditions sont remplies : 1) les limitations ou exceptions sont restreintes à certains cas spéciaux ; 2) elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ; et 3) elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit »²¹⁵⁷. Suivant l'argumentation des États-Unis, le Groupe spécial a estimé que « ni le libellé exprès ni le contexte de l'article 13 ou de toute autre disposition de l'Accord sur les ADPIC n'étayent l'interprétation selon laquelle le champ d'application de l'article 13 se limite aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC »²¹⁵⁸. Il a conclu que « l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux articles 11 bis 1) 3 et 11 1) 2 de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC »²¹⁵⁹.

666. Ce raisonnement a toutefois été critiqué par M.Yves Gaubiac pour qui, en faisant droit à la thèse des « exceptions mineures » des États-Unis, le Groupe spécial a pris le

²¹⁵⁴ Par. 6.62 du rapport précité du Groupe spécial.

²¹⁵⁵ *Ibid.*, WT/DS160/R, par. 6.63 (caractère gras ajoutés). Le Groupe spécial a trouvé confirmation de ce raisonnement dans certaines références à la doctrine des exceptions mineures faites dans la documentation établie au cours des négociations du Cycle d'Uruguay du GATT relatives à l'Accord sur les ADPIC (recours aux moyens complémentaires d'interprétation conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, voir *supra*, §653). Il s'appuie aussi sur le principe général d'interprétation consistant à adopter le sens qui concilie les textes de différents traités et qui évite qu'il y ait un conflit entre eux (*ibid.*, par. 6.66).

²¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 6.72. Voir le tableau n°21, p.432.

²¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 6.74.

²¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 6.80.

²¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 6.94 .

parti d'introduire des exceptions aux articles 11 et 11 bis de la Convention de Berne et d'appliquer l'article 13 aux droits contenus dans ces articles comme aux autres droits de propriété intellectuelle couverts indirectement par l'Accord sur les ADPIC²¹⁶⁰. Selon l'auteur, le raisonnement du Groupe spécial va dans le sens d'une augmentation du champ des exceptions, voire admettre potentiellement des exceptions à tous les droits²¹⁶¹, alors que l'exception de l'article 9.2 de la Convention de Berne est limitée au droit de reproduction²¹⁶². Il en est de même pour le professeur André Lucas pour qui le raisonnement du Groupe spécial dans ce différend est essentiellement basé sur l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. De l'avis de l'auteur, dire que la conformité de l'exception à la Convention de Berne se déduit de la conformité au triple test de l'article 13, « *c'est clairement reconnaître que ce dernier permet d'aller au-delà de la liste des exceptions admises par la Convention* »²¹⁶³. Il soutient que ce postulat est faux et dangereux : faux, « *car l'article 13 de l'Accord ne vise pas à permettre de créer de nouvelles exceptions* » ; dangereux, parce qu'« *il accrédite l'idée que la norme est celle d'un système ouvert d'exceptions, dont la licéité dépend seulement d'une analyse économique en termes de balance des intérêts* »²¹⁶⁴.

²¹⁶⁰ Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p.14, §10.

²¹⁶¹ Y.Gaubiac, « Les exceptions. La méthode suivie et les résultats obtenus », *op.cit.*, p. 22, § 15. Dans le même sens, David J. Brennan souligne à cet égard que “*such an interpretation means that Article 13 itself--far from confining exceptions, bolstering rights and aiding certainty--becomes the sole minimum standard for free-of-charge exceptions to a variety of existing Berne rights, including the exclusive right to authorise the broadcast of works*” (D. J. Brennan, “The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam”, *op.cit.*, p. 224). Ainsi, l'article 13 pourrait s'appliquer aux nouveaux droits prévus par l'Accord sur les ADPIC (par exemple, le droit de location prescrit à l'article 11), y compris aux droits prévus par la Convention de Berne autres que le droit de reproduction auquel se limite l'article 9.2 de la Convention de Berne, par exemple, le droit de traduction (article 8 de la Convention de Berne), de représentation ou d'exécutions publiques (article 11), de radiodiffusion et autres formes de communication au public (article 11 bis), de récitation publique (article 11ter) et d'adaptation (article 12). Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 254.

²¹⁶² Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p. 14, §10. Pour M.Yves Gaubiac, en acceptant la thèse des « exceptions mineurs », le Groupe spécial a étendu le champ des exceptions à l'article 11 bis (1), alors que la seule limite permise à ce texte par la Convention de Berne est celle aménagée par l'alinéa 2 qui impose une rémunération équitable (Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p.14, §10). Or, dans cette affaire, le Groupe spécial a écarté l'argument évoqué par les Communautés européennes selon lequel toute exception aux droits énoncés à l'article 11bis 1) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC devrait prévoir une rémunération équitable pour le détenteur du droit, ce que ne fait pas l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis (rapport précité du Groupe spécial précité, *États-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.85). David J. Brennan note, à cet égard, que “*The effect of the Panel's decision was to permit the extent of free-of-charge exceptions to a Berne Article 11bis (1) right to be determined solely by reference to the three step test and without reference to the requirement of non-prejudice to the right to obtain equitable remuneration*” (D. J. Brennan, “The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam”, *op.cit.*, p. 223).

²¹⁶³ A. Lucas, « Le "triple test" de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC "États-Unis" – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, p.426.

²¹⁶⁴ *Ibid.*

B. La portée de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC: le cas de la protection de la santé comme motif légitime d'exception au droit des brevets

667. Aux termes de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, « [l]es Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ».

668. De la lecture de cet article, la portée des exceptions autorisées par l'article 30 n'est ainsi restreinte que par les trois conditions ci-mentionnées. Elle n'est donc pas limitée à une circonstance particulière ou à un type particulier d'exception. Elle n'est pas non plus limitée par référence à un but ou à un objectif particulier de politique générale ou à une liste exhaustive d'exceptions admissibles ou encore à une liste illustrative mais non exhaustive de cas particuliers justifiant une exception²¹⁶⁵.

669. Bien que la disposition soit claire, elle a toutefois fait l'objet d'une divergence d'interprétation entre les Communautés européennes et le Canada, devant le Groupe spécial chargé de régler le différend qui les oppose portant sur *la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114). C'est à cette occasion que d'importants éclaircissements quant à la portée de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC ont été apportés.

670. En l'espèce, la plainte des Communautés européennes portait sur deux dispositions de la Loi canadienne sur les brevets, qui créaient des exceptions aux droits exclusifs des titulaires de brevets. Les deux dispositions en cause sont l'article 55.2 1) et l'article 55.2 2) de la Loi sur les brevets²¹⁶⁶. La première exception « pour l'examen réglementaire »²¹⁶⁷ autorisait les producteurs de médicaments génériques d'utiliser l'invention

²¹⁶⁵ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, p. 23 (déclaration du Canada). En réalité, au cours du Cycle d'Uruguay, les négociateurs n'ont pu s'accorder sur les circonstances précises qui mériteraient une protection et avaient donc retenu le texte, qui est maintenant l'article 30, fondé sur de larges critères (*ibid*).

²¹⁶⁶ Selon l'article 55.2 1), « il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit ». L'article 55.2 2) dispose que : « il n'y a pas contrefaçon de brevet si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée, au sens du paragraphe 1), a lieu dans la période prévue par le règlement et qu'elle a pour but la production et l'emménagement d'articles déterminés destinés à être vendus après la date d'expiration du brevet » (articles cités dans le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.2 et 7.7).

²¹⁶⁷ Connue aussi sous la désignation « exception Bolar ».

brevetée pour obtenir l'approbation de commercialisation sans l'autorisation du titulaire du brevet et avant que la protection conférée par le brevet n'expire. La deuxième exception « pour le stockage », elle les autorisait dès lors qu'ils avaient reçu cette autorisation à fabriquer et stocker leurs produits pharmaceutiques sans le consentement du titulaire du brevet au cours des six derniers mois de la durée de validité de vingt ans du brevet. Selon les Communautés européennes, ces deux mesures de la législation canadienne sont incompatibles avec les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, car elles n'assuraient pas la protection complète des inventions pharmaceutiques brevetées pendant la totalité de la période de protection, au sens des articles 27:1, 28 et 33 de l'Accord sur les ADPIC²¹⁶⁸.

671. Le Canada a cependant rétorqué en faisant valoir que la question essentielle en l'espèce était de savoir si les dispositions des articles 55.2 1) et 55.2 2) étaient des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, au sens de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²¹⁶⁹. Pour le Canada, ces deux exceptions aux droits exclusifs conférés par un brevet étaient des « exceptions limitées » au sens de l'article 30 de cet accord, parce que : 1) elles ne portaient en aucune manière atteinte à l'« exploitation normale » du brevet ; 2) elles ne causaient pas un préjudice, ou en tout cas « un préjudice injustifié » aux « intérêts légitimes » du titulaire du brevet compte tenu des « intérêts légitimes » des tiers ; 3) et les intérêts des tiers dont les exceptions tenaient compte étaient les « intérêts légitimes » des tiers pertinents²¹⁷⁰. Sur ce dernier point, le Canada a soutenu que ses exceptions « *cherchaient à protéger la santé publique - valeur dont il est fait état à l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC en favorisant l'accès à des médicaments génériques efficaces et peu coûteux après l'expiration du brevet* »²¹⁷¹.

Pour justifier ces propos, le Canada a mentionné la règle d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne et a fait valoir que les termes de tout traité international, y compris l'Accord sur les ADPIC, devaient être interprétés de bonne foi conformément à leur sens ordinaire dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. De l'avis du Canada, « *lorsque les dispositions de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC relatives aux exceptions étaient interprétées conformément à cette règle, il devenait manifeste que l'article 30 conférait aux Membres le pouvoir général susceptible d'être utilisé*

²¹⁶⁸ Voir *supra*, §520.

²¹⁶⁹ *Ibid*, par. 4.10. À noter que l'article 30 a été invoqué par le Canada comme moyen de défense pour justifier ses deux exceptions considérées par les Communautés européennes comme une violation de l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC.

²¹⁷⁰ Par. 4.9 du rapport précité WT/DS114/R.

²¹⁷¹ Page 20 du rapport précité WT/DS114/R. Le Canada a donné les renseignements sur l'historique de l'adoption des dispositions en cause pour expliquer les divers objectifs de politique générale publique que leur introduction cherchait à prendre en compte (voir par. 4.21 et suivants du rapport précité WT/DS114/R).

avec souplesse, d'adopter des mesures propres à assurer un équilibre entre les intérêts des titulaires de brevet et ceux de tiers, objectif de l'Accord sur les ADPIC expressément énoncé dans son article 7»²¹⁷². Pour le Canada, « des mesures tendant à maîtriser les coûts du système de soins de santé et à assurer l'accès aux médicaments nécessaires étaient évidemment propices au bien-être social. À ce titre, elles pouvaient à bon droit être adoptées par des Membres conformément aux dispositions de l'article 30, en tant que moyens d'assurer l'équilibre envisagé par l'article 7 »²¹⁷³.

Dans sa défense, le Canada a insisté sur les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC. D'après l'article 7, l'un des objectifs essentiels de l'Accord sur les ADPIC était d'assurer un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle créés par l'accord et d'autres politiques socio-économiques importantes des gouvernements Membres de l'OMC. Et, d'après l'article 8, l'un des principes de l'accord est que les Membres peuvent « adopter les mesures nécessaire pour protéger la santé publique ». S'agissant des droits de brevet, le Canada a fait valoir que « ces buts appellent une interprétation libérale des trois conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord, afin que les gouvernements aient la flexibilité nécessaire pour ajuster les droits de brevet en vue de maintenir l'équilibre souhaité avec d'autres politiques nationales importantes »²¹⁷⁴, en l'occurrence la santé publique.

672. Toutefois, cette interprétation et cette prise en compte de la santé dans le cadre de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC étaient contestées par les Communautés européennes pour qui la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC « était neutre à l'égard des valeurs de la société »²¹⁷⁵. Pour étayer leur argumentation, les Communautés européennes faisaient indiquer que ce principe de neutralité était confirmé par la comparaison entre les exceptions de l'article 30 et celles de l'article XX du GATT. Alors que des exceptions n'étaient admissibles en vertu de l'article XX que si elles étaient nécessaires pour assurer le respect de certaines valeurs bien définies de la société (moralité publique, protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et préservation des végétaux, etc.), l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC « ne mentionnait aucune de ces valeurs pour justifier une exception »²¹⁷⁶. En d'autres termes, pour les Communautés européennes, « les parties qui ont négocié l'Accord sur les ADPIC avaient pris en considération les intérêts de la société

²¹⁷² *Ibid.*, par. 4.12 .

²¹⁷³ *Ibid.*, page. 32.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 7.24.

²¹⁷⁵ *Ibid.*, page 61.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, page 61. Les Communautés européennes trouvaient aussi confirmation de leur interprétation dans les termes de l'article 8:1 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'aucune des considérations de politique générale publique visées dans la première moitié de la phrase ne pouvait être invoquée pour justifier des mesures incompatibles avec les dispositions de l'accord (*ibid.*).

lorsqu'elles avaient convenu de l'équilibre des intérêts dont il était fait mention dans l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, un Membre de l'OMC ne pouvait aujourd'hui unilatéralement rééquilibrer ces intérêts en modifiant le niveau de protection prévu dans l'Accord »²¹⁷⁷.

673. La question en jeu est extrêmement importante et dépasse même le cas d'espèce. Comme l'avait précisé l'Inde, tierce partie au différend, « *il serait erroné de supposer que l'affaire soumise au groupe spécial ne visait que les intérêts commerciaux des Communautés européennes et de leurs États membres. Elle se rapportait à la question plus fondamentale de l'équilibre approprié entre les droits de propriété intellectuelle privés et les objectifs de politique générale publique. Le point capital de cette question systémique était l'équilibre établi dans l'Accord sur les ADPIC entre les droits et les obligations de ceux qui génèrent des connaissances techniques, d'une part, et de ceux qui les utilisent, d'autre part »²¹⁷⁸. Il en est de même du Brésil, tierce partie dans le différend, qui a clairement indiqué que son « *intérêt dans le différend tenait à ce qu'il donnait lieu à un débat crucial sur le rapport entre les questions commerciales et l'intérêt général »²¹⁷⁹.**

674. La décision du Groupe spécial était très attendue car au final, la question à trancher par le Groupe spécial concerne bien celle de savoir si la santé pouvait être considérée comme un motif légitime autorisant une mesure d'exception au titre de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²¹⁸⁰. Autrement dit, l'article 30 pouvait-il autoriser des exceptions limitées aux droits de brevets au nom de la santé publique pour un accès plus rapide aux médicaments génériques²¹⁸¹? Évidemment, il s'agit là de l'une des questions d'interprétation les plus importantes dans l'Accord sur les ADPIC, car comme l'a indiqué l'Inde, « *la question en cause était l'équilibre, dans l'Accord sur les ADPIC, entre les droits exclusifs conférés au titulaire d'un brevet et les exceptions à ces droits reconnues. Faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre reviendrait à interpréter de manière grossièrement erronée l'Accord sur les ADPIC et ses objectifs. Cet équilibre était d'une importance fondamentale, systémique, pour plusieurs pays, notamment les pays en développement »²¹⁸².*

²¹⁷⁷ *Idem.*

²¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 5.20.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 5.10.

²¹⁸⁰ En effet, comme le souligne le Professeur Clotilde Jourdain-Fortie, l'Accord sur les ADPIC prend certes en compte expressément la santé comme une cause d'exclusion du domaine brevetable tels que les articles 27:2 et 27:3. Mais, en dehors de ces cas limités, l'accord n'envisage pas explicitement la santé comme motif permettant de porter atteinte aux droits du titulaire d'un brevet. Voir C. Jourdain-Fortie., *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Paris, Litec, 2006, p. 542, § 622.

²¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 543.-546.

²¹⁸² *Ibid.*, par. 5.21 du rapport précité WT/DS114/R.

675. Le 17 mars 2000, le Groupe spécial chargé de l'affaire a distribué son rapport. Ce dernier a reconnu que « l'existence même de l'article 30 équivaut à reconnaître qu'il faudrait apporter certains ajustements à la définition des droits de brevet figurant à l'article 28 »²¹⁸³. Il ajoute, toutefois, que « d'un autre côté, les trois conditions limitatives attachées à l'article 30 attestent avec force que les négociateurs de l'Accord ne voulaient pas que l'article 30 entraîne ce qui serait l'équivalent d'une renégociation de l'équilibre fondamental de l'Accord »²¹⁸⁴. Il poursuit son raisonnement en indiquant que « la portée exacte du pouvoir conféré par l'article 30 dépendra du sens spécifique donné aux conditions limitatives qui y sont énoncées », et que par conséquent, « il faut à l'évidence tenir compte à la fois des objectifs et des limitations énoncés aux articles 7 et 8:1 ainsi que de ceux figurant dans d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui indiquent son objet et ses buts »²¹⁸⁵. En somme, comme le relève le Professeur Clotilde Jourdain-Fortie, le Groupe spécial a donné raison à l'approche interprétative adoptée par le Canada puisqu'il considère que l'article 30 devait être interprété à la lumière des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC, ce qui permet de prendre la protection de la santé comme motif justifiant une exception aux droits exclusifs de brevets figurant à l'article 28. Mais, cette prise en compte est limitée puisque la légitimité d'une mesure d'exception dépend de son examen individuel par le Groupe spécial, dans le cadre de l'interprétation des trois conditions cumulatives posées par l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²¹⁸⁶ à savoir, que celle-ci soit « limitée », « ne porte pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet », ni « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers »²¹⁸⁷. Sur cette partie du raisonnement le Professeur Clotilde Jourdain-Fortie a considéré la décision du Groupe spécial décevante²¹⁸⁸. Néanmoins, elle estime que cette décision demeure essentielle puisque le Groupe spécial, en appliquant les trois conditions susmentionnées, a reconnu, au titre d'« exception limitée » au droit de brevet, la possibilité, pour un pays Membre,

²¹⁸³ *Ibid.*, par. 7.26.

²¹⁸⁴ *Ibid.*

²¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 7.26.

²¹⁸⁶ C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, op.cit., p. 546. Sur l'approche interprétative du Groupe spécial, voir E. T. Biadgleng, "The development-balance of the TRIPS agreement and enforcement of intellectual property rights", in J. Malbon and C. Lawson (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, pp. 102-103.

²¹⁸⁷ Sur l'interprétation de ces trois conditions, voir *infra*, §681.

²¹⁸⁸ C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, op.cit., pp. 546-547.

d'autoriser une entreprise fabriquant des médicaments génériques à utiliser, sans autorisation du titulaire, une invention brevetée pour procéder à des expérimentations²¹⁸⁹.

676. Si la solution timorée du Groupe spécial constitue un pas vers une prise en compte des intérêts non marchands²¹⁹⁰, la véritable avancée a été réalisée, en novembre 2001, dans le cadre de la Conférence ministérielle de Doha où une Déclaration distincte sur « l'Accord sur les ADPIC et la santé publique » a été adoptée²¹⁹¹. Cette Déclaration a apporté l'affirmation que l'Accord de l'OMC sur les ADPIC devrait être interprété et mis en œuvre de manière à protéger la santé publique et promouvoir l'accès de tous aux médicaments²¹⁹². Cette Déclaration est le résultat d'une conjoncture de plusieurs événements : la crise du VIH/SIDA dans le monde et en particulier en Afrique ; le choc international suscité par le célèbre procès de Pretoria en Afrique du Sud²¹⁹³, devenu le procès de l'apartheid sanitaire²¹⁹⁴ ; les

²¹⁸⁹ C. Jourdain-Fortier, « Le règlement des différends de l'OMC et la protection des valeurs non marchandes », in O. Blin (dir.), *Regard croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 87-101. *op.cit.*, p. 103 ; du même auteur, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, *op.cit.*, pp. 546-547.

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ En effet, le 14 novembre 2001, la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha a adopté une *Déclaration ministérielle sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*. Document WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001.

²¹⁹² C. M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, Série « Economie de la santé et Médicaments », n°12, Organisation mondiale de la Santé, 2002, p.i. Disponible à l'adresse suivante: <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4903f/s4903f.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

²¹⁹³ Brièvement, pour faire face à l'épidémie de VIH/SIDA qui la ravage, l'Afrique du Sud (dont près d'un adulte sur six est infecté par le VIH/sida et près de 100 000 personnes en décèdent par an) décide d'amender en décembre 1997, sa législation sur les médicaments en adoptant le *Medicines and Related Substances Control Amendment Act* qui permet, dans l'intérêt de la santé publique, de recourir aux importations parallèles et aux licences obligatoires afin de garantir l'accès à des médicaments génériques moins chers. Cependant, ce texte n'a nullement été apprécié par les firmes pharmaceutiques et leur réaction ne s'est pas faite attendre. Ainsi, le 18 février 1998, 39 entreprises pharmaceutiques intentent une action en justice devant la Cour suprême de Pretoria à l'encontre du Gouvernement d'Afrique du Sud. Le but de l'action est de faire déclarer inconstitutionnelle la loi sud-africaine de 1997; le moyen est, entre autres, l'invocation de la protection des brevets conformément à l'Accord sur les ADPIC. L'industrie pharmaceutique avait même trouvé le soutien de l'administration américaine qui inscrit le gouvernement sud-africain dans la liste des pays concernés par la section Spécial 301 (Voir S. Debons, *La Déclaration de Doha et l'Accord sur les ADPIC Confrontation et sens*, Institut Universitaire d'Etudes du Développement, Itinéraires, Notes et Travaux n° 64, Juillet 2002, p. 21, disponible en ligne: http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/developpement/shared/developpement/362/itineraires%20IUED/IUED_INT64_Debons.pdf (consulté le 16 janvier 2016) ; C. Mfuka, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *Revue d'Économie Industrielle*, 2002, vol.99, pp. 206-207; T. Bréger, *L'accès aux médicaments des pays en développement. Enjeu d'une rénovation des politiques de développement*, L'Harmattan, 2011, p178). Toutefois, avec la médiatisation du procès, celui-ci a pris de l'ampleur, tant au niveau national qu'international, que les firmes pharmaceutiques ont perdu toute maîtrise de la situation. Qui plus est, l'admission au procès de Campagne d'action pour les traitements (TAC), qui pourrait prendre la parole pour raconter la « détresse » provoquée par l'impossibilité, pour l'immense majorité des malades du sida sud-africains, de se payer des médicaments très chers (voir N. Halpern, « Sida: le procès de Pretoria donne la parole aux malades », *Les Echos*, 18 avril 2001). Au niveau international, plusieurs actions internationales ont été entreprises afin de soutenir les malades en Afrique du Sud. Par exemple : la pétition internationale de Médecins sans frontières (MSF) en avril 2001 sur le thème de « La protection des vies humaines doit passer avant celle des brevets » qui recueille 270 000 signatures dans plus de 130 pays ; le

interprétations contradictoires relatives à la flexibilité contenue dans les ADPIC et, enfin, la crainte de certains Membres de recourir en toute sérénité à cette flexibilité en raison de ces interprétations contradictoires²¹⁹⁵.

La Déclaration de Doha ne modifie pas l'Accord sur les ADPIC, mais elle le clarifie et rééquilibre son interprétation²¹⁹⁶. De manière générale, la Déclaration de Doha aborde plusieurs points concernant l'Accord sur les ADPIC : l'importance de la santé publique²¹⁹⁷ ; la possibilité pour les Membres de prendre des mesures pour la protéger²¹⁹⁸ et, enfin, la

soutien public à l'Afrique du Sud de l'Organisation mondiale de la santé ou du Conseil national de lutte contre le sida (France) ; les protestations publiques comme celles de Kofi Annan ou de Nelson Mandela ; la pression des activistes antisida qui accusent les industries pharmaceutiques de marchander la vie des millions d'Africains séropositifs (voir S. Debons, *La Déclaration de Doha et l'Accord sur les ADPIC Confrontation et sens, op.cit.*, p.23). Finalement, devant cette pression dévastatrice, les firmes multinationales ont été contraintes de retirer leur plainte en avril 2001 (N. Halpern, « Les laboratoires perdent une manche dans la bataille des génériques », *Les Echos*, 20avril 2001).

²¹⁹⁴ H. Dupuis, « Le procès de l'apartheid sanitaire », *Trends /tendances*, 1^{er} mars 2001. Dans ce climat tendu, il y a aussi la plainte américaine déposée à l'encontre du Brésil (WT/DS199), le 8 janvier 2001, devant l'ORD estimant que la loi brésilienne relative aux brevets pharmaceutique enfreignait l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC en soumettant l'octroi de droits exclusifs de brevet au Brésil à une obligation d'exploitation locale de l'invention dans les trois ans suivant le dépôt du brevet, sous peine de recours à une licence obligatoire. Cette plainte fut aussi abandonnée. Sur cette affaire, voir *supra*, §414.

²¹⁹⁵ T.-L. Tran Wasescha, « La mise en oeuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. La Décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC », *op.cit.*, p. 246. En effet, les milieux directement concernés (industrie, et pays industriels) promouvaient une interprétation très restrictive de l'Accord sur les ADPIC. Ceci donnait ou renforçait l'impression auprès des PED que l'Accord sur les ADPIC était un instrument rigide, et biaisé en faveur des détenteurs de droits de propriété intellectuelle. Voir J.Ch. Van Eeckhaute, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général : le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », in B. Rémiche (dir.), *Brevets, innovation et intérêt général. Le brevet: pourquoi et pourquoi faire?*, Colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Coll. Droit /Economie/International, Larcier, 2006, p. 514.

²¹⁹⁶ J.Ch. Van Eeckhaute, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général: le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », *op.cit.*, p. 517.

²¹⁹⁷ En effet, la Déclaration de Doha reconnaît « *la gravité des problèmes de santé publique qui touchent de nombreux pays en développement et pays les moins avancés, en particulier ceux qui résultent du VIH/SIDA, de la tuberculose, du paludisme et d'autres épidémies* » (paragraphe 1 de la Déclaration). Face à cette situation, elle affirmait qu'il est nécessaire que l'Accord sur les ADPIC « *fasse partie de l'action nationale et internationale plus large visant à remédier à ces problèmes* » (paragraphe 2 de la Déclaration).

²¹⁹⁸ De façon très claire, les ministres des pays Membres de l'OMC sont convenus que « *l'Accord sur les ADPIC n'empêch[ait] pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique* » (paragraphe 4 de la Déclaration de Doha). À savoir, le droit d'octroyer des licences obligatoires et le droit de recourir librement aux importations parallèles. Notons que la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, a par la suite donné lieu à l'adoption d'une décision relative à la mise en œuvre de son paragraphe 6 permettant aux pays en développement d'importer plus facilement des médicaments génériques fabriqués dans le cadre de licences obligatoires dès lors qu'ils ne sont pas en mesure de les produire eux-mêmes (Décision du Conseil général du 30 août 2003 relative à la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, WT/L/540, 2 septembre 2003). La Décision et les dérogations qu'elle prévoit ont ensuite été transformées en un amendement de l'Accord sur les ADPIC adopté le 6 décembre 2005 (article 31 *bis*). La solution convenue en 2003/2005 est connue sous le nom de système du paragraphe 6. Ce dernier permet en effet, sous réserve d'un certain nombre de conditions, aux Membres de l'OMC d'exporter des médicaments sous licence obligatoire en s'affranchissant de certaines règles imposées à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, notamment les dispositions de l'article 31f qui prévoient que l'utilisation du brevet sans autorisation du détenteur du droit est autorisée « principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du membre qui a autorisé cette utilisation ». En effet, si les médicaments fabriqués sous licence obligatoire doivent être réservés principalement pour l'approvisionnement

possibilité et le devoir d'interprétation et de mise en œuvre de l'accord dans ce sens²¹⁹⁹. En somme, la déclaration démontre qu'un système commercial basé sur des règles devrait être compatible avec les intérêts de la santé publique²²⁰⁰.

Par ailleurs, il est important de souligner que la Déclaration met aussi l'accent sur l'importance des objectifs et des principes de l'Accord sur les ADPIC pour interpréter ses dispositions. Il est, en effet, indiqué que « *dans l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public, chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC sera lue à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes* »²²⁰¹. Cette référence aux « objectifs et principes » consacre implicitement le rôle prépondérant des articles 7 et 8²²⁰² dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC²²⁰³.

677. Ces affirmations générales constituent une instruction importante, aussi bien pour chaque Membre de l'OMC que pour les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel en cas de

du marché du pays producteur, les quantités exportables pourraient s'avérer insuffisantes pour assurer l'approvisionnement des pays n'ayant pas de capacités de production suffisantes. À ce sujet, voir P. Arhel, « L'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée. Le volet « propriété intellectuelle », *Propriété industrielle*, Juin 2010, n° 6, étude 10, p.10 ; du même auteur, « Cycle de Doha : Bilan et perspectives », *op.cit.*, p. 1989 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 69-81 et 384-394 ; T.-L. Tran Wasescha, « La mise en oeuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. La décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC », *op.cit.*, pp. 243-262 ; J.Ch. Van Eeckhaute, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général : le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », *op.cit.*, p. 518.

²¹⁹⁹ Il est en effet indiqué dans le paragraphe 4 de la Déclaration qu'« *en conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les ADPIC, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments* ». Voir S. Debons, *La Déclaration de Doha et l'Accord sur les ADPIC Confrontation et sens*, *op.cit.*, p. 18.

²²⁰⁰ C. M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, *op.cit.*, p.i. Au final, cette déclaration laisse ainsi entendre que le débat sur l'accès aux médicaments susceptible de sauver des vies ne doit pas se situer sur un plan juridico-commercial, mais sur un plan éthique et du point de vue des droits de l'homme. Voir G. Velasquez, « L'accès aux médicaments est un droit de l'homme mais les médicaments pour tous sont une affaire privée », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Litec, 2007, p. 118.

²²⁰¹ Point 5a) de la Déclaration.

²²⁰² Les termes « objectifs » et « principes », constituent les titres respectifs des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC. On reconnaît généralement à ces deux articles des vertus d'équilibre entre les droits de la propriété intellectuelle et l'intérêt général. Les pays en développement Membres attachent une importance particulière à ces deux dispositions qui leur permettent de légitimer certaines politiques de santé publique et autres. À ce sujet, voir P. K. Yu, « The objectives and principles of the TRIPS agreement », *op.cit.*, pp.169-191 ; H. Grosse Ruse-Khan, « The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in Intellectual Property Disputes in the WTO », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Research Paper No. 11-15, 2011, p.33. Ces deux dispositions sont considérées essentielles pour le développement. À ce sujet, voir C. Correa, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, *op.cit.*, p. 5 ; H. Asif. Qureshi, « Interpreting World Trade Organization Agreements for the Development Objective », *Journal of World Trade*, 37(5), 2003, p. 849.

²²⁰³ J.Ch. Van Eeckhaute, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général : le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », *op.cit.*, p. 516.

différend²²⁰⁴. Ainsi, en cas de conflit en lien avec des questions de santé publique, les organes de règlement des différends devront prendre en compte les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et celles de la Déclaration de Doha qui souligne les vues et les intentions des Membres²²⁰⁵. En termes juridiques, en cas d'ambiguïté, ou quand plusieurs interprétations sont possibles, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel devraient opter pour l'interprétation s'inscrivant effectivement en appui du droit des Membres de protéger la santé publique²²⁰⁶.

678. Enfin, même si la Déclaration de Doha a levé toutes les ambiguïtés quant à la prise en compte de la santé publique sur le fondement de l'article 30 en permettant de faciliter l'accès des populations des pays en développement à la santé publique²²⁰⁷, il n'en demeure pas

²²⁰⁴ OMC, *Module IX Les ADPIC et la santé publique*, p. 2. Disponible en ligne: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules9_f.pdf (consulté le 16 janvier 2016). Pour Carlos M. Correa, les instructions contenues dans la Déclaration de Doha (les points 4 et 5) s'analyseraient comme une « règle d'interprétation spécifique » qui devra guider les organes chargés du règlement des différends en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC dans les décisions futures faisant intervenir des questions de santé publique (Carlos M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, *op.cit.*, p. 12).

²²⁰⁵ En ce sens, P. Vandoren, "Médicaments sans Frontières? Clarification of the Relationship between TRIPS and Public Health resulting from the WTO Doha Ministerial Declaration", *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, vol.5, issue 1, p. 8. À ce propos, bien que le contenu de la Déclaration de Doha s'attache à fournir une interprétation convenue (plus précisément son paragraphe 4) qui favorise les intérêts de santé publique, elle n'est toutefois pas considérée comme étant une interprétation officielle au sens de l'article IX: 2 de l'Accord de Marrakech car, sa procédure ne s'inscrit pas dans le cadre de cette disposition, qui soumet cette faculté à une recommandation du Conseil concerné et un vote à la majorité des trois quart des Membres (à ce sujet, D. Delcourt, *Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments. Vers l'insertion du « modèle européen » de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral*, Coll. Droit de la Santé, Presse Universitaire d'Aix-Marseille P.U.A.M, 2011, p. 247). Pour beaucoup d'auteurs, la Déclaration de Doha sur la santé publique peut être assimilée à une décision ministérielle (article IV.1 de l'Accord de Marrakech) au titre de laquelle les Membres ont manifesté leur accord autour d'une méthode d'interprétation et de mise en œuvre des dispositions de l'ADPIC (voir C.M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, *op.cit.*, p. viii ; F. Abbott, *Dispute Settlement. World Trade Organization.3.14 TRIPS*, *op.cit.*, p. 9 à la note de bas de page 7 ; D. Delcourt, *Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments. Vers l'insertion du « modèle européen » de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral*, *op.cit.*, p. 247). Enfin, si le statut exact de la Déclaration de Doha en tant qu'instrument obligatoire (décision au titre IV.1 ou interprétation au titre de l'article IX.2) demeure incertain, le Groupe spécial pourrait tenir compte de la Déclaration, de manière formelle, à titre d'« accord ultérieur intervenu entre les parties » au sens de l'article 31:3 a) de la Convention de Vienne. Plusieurs auteurs considèrent que la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* entre dans le champ de cette disposition. Comme le précise Susy Frankel, "as a subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the TRIPS Agreement, Doha is a guide to interpretation by virtue of Article 31(3)(a) of the Vienna Convention" (S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *op.cit.*, p. 400). Voir également P. Arhel, « Réention de génériques en transit dans l'Union européenne », *op.cit.*, §6 ; D. Delcourt, *Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments. Vers l'insertion du « modèle européen » de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral*, *op.cit.*, p. 248 ; S. Lucyk, "Patents, Politics and Public Health: Access to Essential Medicines Under the TRIPS Agreement", *Ottawa Law Review*, 2006-2007, vol.38, pp. 198-199 ; D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp.77et 391 ; J.Ch. Van Eeckhaute, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général : le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », *op.cit.*, p. 518.

²²⁰⁶ C. M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, *op.cit.*, p. 12.

²²⁰⁷ C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, *op.cit.*, p. 563.

moins que la décision du Groupe spécial dans l'affaire précitée *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), comme le note Peter K. Yu “*was particularly important because it was issued before the adoption of the Doha Declaration*”²²⁰⁸. En effet, la décision du Groupe spécial reste marquante en ce qu'elle illustre une réelle ouverture aux considérations non marchandes puisque ce dernier, a tranché en faveur de l'exception du Canada pour l'examen réglementaire, permettant ainsi à un pays Membre d'autoriser une entreprise fabriquant des médicaments génériques à utiliser, sans autorisation du titulaire, une invention brevetée pour procéder à des expérimentations²²⁰⁹. À cette époque, le ministre du Commerce international, Pierre S. Pettigrew, a estimé que “ *cette décision constitue une victoire importante pour le Canada* ” en se félicitant de ce qu'elle “ *contribuera à clarifier les règles en matière de commerce international* »²²¹⁰.

C. Les conditions applicables pour évaluer la validité des exceptions ou des limitations à certains droits de propriété intellectuelle

679. À l'occasion des affaires *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ; *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) ; *Communautés européennes — Marques et des indications géographiques* (WT/DS174 et WT/DS290), les Groupes spéciaux ont pu clarifier le sens vague des critères applicables pour évaluer l'admissibilité des exceptions au droit de brevets (a), droit d'auteur (b) et droit des marques (c) qui sont respectivement énoncées dans les articles 30, 13 et 17 de l'Accord sur les ADPIC. Comme le soutient Joost Pauwelyn, “*WTO rulings on the scope of general exceptions to copyright (TRIPS Article 13), trademarks (TRIPS Article 17) and patents (TRIPS Article 30) are no doubt the WTO's most important contribution to the refinement and interpretation of international IP law to date*”²²¹¹.

680. Mais, avant d'aborder l'interprétation donnée par les Groupes spéciaux de chaque disposition dans le domaine le correspondant, il est important de faire remarquer que, la rédaction de ces trois clauses d'exceptions énoncées dans les articles 30, 13 et 17 de

²²⁰⁸ P. K. Yu, “The objectives and principles of the trips agreement”, *op.cit.*, p. 172.

²²⁰⁹ T.-L. Tran Wasescha, « La mise en oeuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. La décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC », *op.cit.*, p. 246 ; C. Jourdain-Fortier, « Le règlement des différends de l'OMC et la protection des valeurs non marchandes », *op.cit.*, p. 103.

²²¹⁰ « OMC/UE/CANADA », *Agence Europe*, 24 mars 2000 ; « Le Canada se réjouit de l'adoption de la décision de l'OMC », Communiqué du 7 avril 2000, disponible sur le site officiel du Canada : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/index.aspx?lang=fra> (consulté le 2 mars 2014)

²²¹¹ J. Pauwelyn, “The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO”, *op.cit.*, p. 403.

l'Accord sur les ADPIC a été fortement inspirée par le texte de l'article 9: 2 de la Convention de Berne (1971) qui a servi en effet de modèle²²¹². Comme le montre le tableau n°21 ci-dessus, la structure du texte de l'article 13 est presque similaire à l'article 9:2 de la Convention de Berne²²¹³. Les articles 30 et 17 contiennent toutefois certaines modifications par rapport au texte de l'article 9. 2) précité.

Tableau n°21 : La structure de l'article 9:2 de la Convention de Berne et des articles 13, 30 et 17 de l'Accord sur les ADPIC

	Droit d'auteur	Brevets	Marques
L'article 9.2) de la Convention de Berne (1971) intitulé « droit de reproduction »	L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC intitulé « limitations et exceptions »	L'article 30 de l'Accord sur les ADPIC intitulé « exceptions aux droits conférés »	L'article 17 de l'Accord sur les ADPIC intitulé « exceptions »
Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.	Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.	Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers.	Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers.

1. Dans le domaine des brevets : l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC

²²¹² Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, note de bas de page n°420. Il en existe aussi une provision similaire dans le domaine des dessins et modèles industriels. Ainsi, selon l'article 26:2 de l'Accord sur les ADPIC, « les Membres pourront prévoir des exceptions limitées à la protection des dessins et modèles industriels, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale de dessins ou modèles industriels protégés ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du dessin ou modèle protégé, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ».

²²¹³ Un changement discret, mais pas insignifiant, se trouve toutefois au troisième critère qui vise la protection des intérêts légitimes du « détenteur de droit », et non pas de « l'auteur » comme dans la Convention de Berne. Pour Christophe Geiger, c'est un signe d'un glissement progressif d'une protection de l'auteur vers une protection de l'exploitant. Voir C. Geiger, « La transposition du test des trois étapes en droit français », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2165.

681. Au terme de l'Accord sur les ADPIC, un brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher des tiers agissant sans son consentement de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer le produit concerné ou, dans le cas où l'objet du brevet est un procédé, les produits obtenus directement par ce procédé²²¹⁴. Cependant, ces droits exclusifs obtenus ne sont pas absolus et ne permettent pas à son titulaire de faire ce qu'il veut, mais seulement d'empêcher des tiers (utilisateurs privés ou concurrents) d'accomplir sans son autorisation les actes ci-mentionnés²²¹⁵. En effet, en vertu de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres peuvent « *prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* »²²¹⁶.

682. Dans le contexte du règlement du différend *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), le Groupe spécial a eu l'occasion d'apporter sa contribution à la clarification de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²²¹⁷. Selon lui, ledit article « *établit trois critères auxquels il faut répondre pour pouvoir bénéficier d'une exception : 1) l'exception doit être "limitée" ; 2) l'exception ne doit pas "[porter] atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet" ; 3) l'exception ne doit pas "[causer] un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers"* »²²¹⁸. Selon le Groupe spécial, ces trois conditions sont « *cumulatives, chacune étant une prescription distincte et indépendante à laquelle il faut se conformer. S'il n'est pas satisfait à l'une des trois conditions, le bénéfice de l'exception prévue à l'article 30 est refusé* »²²¹⁹. Ce qu'on appelle souvent le « test de trois étapes » ou « triple test »²²²⁰.

683. À titre de rappel, dans l'affaire susmentionnée, les droits exclusifs des titulaires de brevets sur les médicaments étaient limités par deux dispositions de la loi canadienne sur

²²¹⁴ Voir l'article 28 de l'Accord sur les ADPIC.

²²¹⁵ T.-L. Tran Wasescha, « La mise en oeuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. La décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC », *op.cit.*, p. 245.

²²¹⁶ Pour un commentaire de cet article, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, pp. 373- 375.

²²¹⁷ Cette décision du Groupe spécial a été saluée par le Professeur Frederick M Abbott qui l'a considéré comme « *the most important analysis of the TRIPS Agreement to date* » (F. M Abbott, « Bob Hudec as Chair of the Canada - Generic Pharmaceuticals Panel - The WTO Gets Something Right », *op.cit.*, p. 734). Dara Williams souligne que « *the dispute was groundbreaking in that it represented the first time that a panel had been required to interpret one of TRIPS' generally worded exception provisions, and was also the first case to raise the issue of the role in TRIPS interpretation of the incorporated World Intellectual Property Organization (WIPO) treaties* » (D. Williams, « Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond », *op.cit.*, p.184). Voir également D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 376.

²²¹⁸ Par. 7.20 du rapport précité, WT/DS114/R.

²²¹⁹ *Ibid.*

²²²⁰ M. Fiscor, « Combien de quoi ? Les « trois conditions cumulatives » et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *op.cit.*, pp. 111-251.

les brevets. La première, contenue dans l'article 55.2 1) et dite « *exception pour examen réglementaire* » autorisait la constitution du dossier d'autorisation de mise sur le marché avant l'expiration du brevet. La seconde, contenue dans l'article 55.2 2) et dite « *exception pour le stockage* » autorisait la fabrication des médicaments génériques avant l'expiration du brevet²²²¹. Les Communautés européennes considéraient que ces deux exceptions constitueraient une violation de l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC. Pour justifier ces mesures en cause, le Canada a invoqué l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²²²². Elle a fait valoir que les exceptions créées par les articles 55.2 1) et 55.2 2) de sa Loi sur les brevets remplissaient chacune de ces trois conditions²²²³. Or, pour les Communautés européennes, les articles en cause ne satisfaisaient à aucune des trois conditions²²²⁴.

684. Il est ainsi intéressant de présenter l'interprétation par le Groupe spécial des trois conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC et leur application aux exceptions litigieuses prévues par la loi canadienne sur les brevets.

a). « Exceptions limitées »²²²⁵

685. Selon le Groupe spécial, l'expression « exception limitée », doit « être interprétée comme impliquant une exception étroite », c'est-à-dire comme « une exception qui n'entraîne qu'une faible diminution des droits en question »²²²⁶. Par ailleurs, en l'absence d'autres indications autre que celle provenant de l'historique²²²⁷, le Groupe spécial a conclu

²²²¹ Voir *supra*.

²²²² Par. 4.10 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R.

²²²³ *Ibid.*, par. 4.14.

²²²⁴ *Ibid.*, par. 7.22.

²²²⁵ Pour un commentaire sur cette première condition, voir D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond", *op.cit.*, pp. 187-188 ; P. Roffe & C. Spennemann, "Canada-Patent protection of pharmaceutical products", *op.cit.*, pp. 244-247 ; C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, *op.cit.*, pp. 564-566.

²²²⁶ Par. 7.30 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R.

²²²⁷ En effet, lorsqu'il a examiné la façon d'aborder les opinions contradictoires des parties concernant le sens de l'expression « exceptions limitées », le Groupe spécial savait que le texte de l'article 30 avait des antécédents dans le texte de l'article 9. 2) de la Convention de Berne. Toutefois, les mots « exceptions limitées » figurant à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC diffèrent des mots correspondants employés à l'article 9. 2) de la Convention de Berne, qui sont « dans certains cas spéciaux ». Le Groupe spécial a examiné l'historique de la négociation, étayé par des documents, de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les raisons pour lesquelles les négociateurs avaient pu choisir d'utiliser l'expression « exceptions limitées » au lieu de « dans des circonstances spéciales ». Les dossiers de la négociation montrent uniquement que l'expression « exceptions limitées » a été employée très tôt lors du processus de rédaction (bien avant la décision d'adopter un texte conçu sur le modèle de l'article 9. 2) de la Convention de Berne) mais n'indiquent pas pourquoi cette expression a été conservée dans les projets de textes ultérieurs conçus sur le modèle de l'article 9. 2) de la Convention de Berne. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.29.

qu'« il serait justifié d'interpréter le texte au pied de la lettre, l'accent étant mis sur la mesure dans laquelle les droits juridiques ont été réduits, plutôt que sur l'importance ou l'ampleur de l'incidence économique »²²²⁸. En somme, pour le Groupe spécial les mots « exception limitée » « exprimaient l'obligation de faire en sorte que l'exception ne réduise que dans une marge étroite les droits juridiques qui selon l'article 28:1 devaient être accordés aux titulaires de brevets, et que cette réduction devait être mesurée en déterminant jusqu'à quel point il avait été porté atteinte aux droits juridiques affectés eux-mêmes »²²²⁹. Le Groupe spécial a également noté qu'« on ne peut pas rendre "limitée" une exception au titre de l'article 30 en la limitant à un seul domaine technologique »²²³⁰. Selon lui, il nécessaire de « constater que les effets de chaque exception sont "limités" lorsqu'ils sont mesurés pour chaque brevet affecté »²²³¹.

686. Dans le cas d'espèce, pour déterminer si l'exception pour le stockage était une exception « limitée », il fallait donc pour le Groupe spécial de savoir dans quelle mesure les droits du titulaire du brevet d'exclure la « fabrication » et l'« utilisation » du produit breveté ont été réduits²²³². Il considéra que « sans limitation aucune du volume de production », l'exception pour le stockage supprimait entièrement le droit du titulaire du brevet d'empêcher la fabrication et l'utilisation de son produit pour les six derniers mois de la période de la protection par brevet, indépendamment des autres conséquences ultérieures qu'elle pourrait avoir²²³³. Ainsi, il conclut que l'exception pour le stockage « constituait une réduction substantielle des droits exclusifs qui doivent être accordés aux titulaires de brevets au titre de

²²²⁸ *Ibid.*, par. 7.31. À l'appui de cette conclusion, le Groupe spécial a noté que l'expression "exceptions limitées" est la seule des trois conditions énoncées à l'article 30 en vertu de laquelle l'ampleur de la réduction des droits en tant que telle est prise en considération » (*ibid.*). Le Groupe spécial était convaincu que l'article 30 traitait effectivement de la question de l'incidence économique, mais uniquement dans le cadre des deux autres conditions figurant dans cet article. Selon lui, « si l'on considère les trois conditions dans leur ensemble, il apparaît que la première condition ("exception limitée") n'est pas conçue pour traiter directement la question de l'incidence économique ni destinée à cette fin » (*ibid.*, par. 7.49).

²²²⁹ Par. 7.44 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R. Le sens étroit de cette signification de l'expression « l'exception limitée » a été critiquée par Robert Howse. Ce dernier a précisément remis en cause la méthodologie juridique sur laquelle s'est fondée le Groupe spécial. Selon l'auteur, ce dernier a eu recours aux documents de l'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC en application de l'article 32 de la Convention de Vienne, alors que ce moyen complémentaire d'interprétation ne peut être utilisé que si l'application de la règle général d'interprétation énoncée à l'article 31, laisse le sens ambigu ou obscur ; ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'auteur relève également que le Groupe spécial a considéré la signification de l'expression « limitée » seulement dans la perspective des droits protégés sans se soucier des buts de politique social tels que la santé. L'auteur estime que le Groupe spécial aurait dû considérer la signification du mot « limitée » à la lumière des articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC. Voir R. Howse, "The Canadian Generic Medicines Panel, A Dangerous Precedent in Dangerous Times", *The Journal of World Intellectual Property*, July 2000, vol.3, issue 4, pp. 497 et 498.

²²³⁰ Par. 7.92 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R.

²²³¹ *Ibid.*

²²³² *Ibid.*, par. 7.34.

²²³³ *Ibid.*

*l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC »²²³⁴, et par conséquent, ne pouvait pas être considérée comme « exception limitée » au sens de l'article 30 de l'Accord²²³⁵. En revanche, en ce qui concerne l'exception pour l'examen réglementaire, le Groupe spécial l'a considéré comme étant une exception limitée puisqu'*elle réduit dans une marge étroite* » les droits du titulaire du brevet prévus à l'article 28:1 de l'Accord sur les ADPIC²²³⁶. Le Groupe spécial est arrivé à cette conclusion même s'il reconnaît que « *l'incidence économique de l'exception pour l'examen réglementaire pouvait être considérable* »²²³⁷.*

b). « Qui ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet »²²³⁸

687. Le Groupe spécial a expliqué que « *la pratique normale d'exploitation suivie par les titulaires de brevets, comme par les titulaires de tout autre droit de propriété intellectuelle, consiste à exclure toutes les formes de concurrence qui pourraient réduire sensiblement les bénéfices économiques attendus de l'exclusivité commerciale attachée à un brevet* »²²³⁹.

688. Dans le cas d'espèce, le Canada (partie défenderesse) a invoqué l'argument selon lequel l'exclusivité commerciale existant après l'expiration d'un brevet d'une durée de 20

²²³⁴ *Ibid.*, par. 7.36. Sans chercher à définir exactement quel niveau de réduction serait considéré comme inacceptable, le Groupe spécial voyait bien qu'une exception qui aboutissait à une réduction substantielle de cette ampleur ne pouvait pas être considérée comme une « exception limitée » au sens de l'article 30 de l'Accord (*ibid.*).

²²³⁵ Par. 7.36 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R. Ayant conclu que l'exception prévue à l'article 55.2 2) de la Loi sur les brevets ne satisfaisait pas à la première condition énoncée à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial a donc jugé que l'article 55.2 2) était incompatible avec les obligations du Canada au titre de l'article 28:1 de l'accord. Ainsi, du fait de cette conclusion, le Groupe spécial a estimé qu'il était inutile d'examiner les autres allégations d'incompatibilité formulées par les Communautés européennes concernant les deuxième et troisième conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC (*ibid.*, par. 7.38).

²²³⁶ Par. 7.45, du rapport du Groupe spécial, WT/DS114/R. Selon le Groupe spécial « *tant que l'exception est circonscrite au comportement nécessaire pour satisfaire aux prescriptions du processus d'approbation réglementaire, l'ampleur des actes non autorisés par le détenteur du droit qui sont permis par l'exception sera faible et étroitement délimitée. Même si les processus d'approbation réglementaire peuvent exiger la production de grandes quantités de produits destinés aux essais pour démontrer la fiabilité de la fabrication, il n'est pas davantage porté atteinte aux droits du titulaire du brevet eux-mêmes du fait de la taille de ces séries de production, tant qu'elles sont uniquement destinées à des fins réglementaires et qu'il n'y a pas d'utilisation commerciale des produits finals qui en résultent* » (*ibid.*).

²²³⁷ *Ibid.*, par. 7.48.

²²³⁸ Pour un commentaire sur cette deuxième condition, voir P. Roffe & C. Spennemann, "Canada-Patent protection of pharmaceutical products", *op.cit.*, pp. 247-249 ; D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence .The First Six Years and Beyond", *op.cit.*, 2001, pp. 188-189 ; R. Howse, "The Canadian Generic Medicines Panel, A Dangerous Precedent in Dangerous Times", *op.cit.*, pp. 498-501 ; C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, *op.cit.*, pp. 566-568.

²²³⁹ Par. 7.55 du rapport précité du Groupe spécial WT/DS114/R.

ans ne devrait pas être considérée comme « normale »²²⁴⁰. Il a avancé que le temps estimé pour un médicament innovant entre le développement d'un produit, la préparation de la demande et le processus d'examen réglementaire prend de huit à douze ans et, pour un médicament générique, de trois à six ans et demi²²⁴¹. Selon le Canada, sans l'exception pour l'examen réglementaire, les titulaires de brevet bénéficieraient d'une période d'exclusivité commerciale supplémentaire gratuite et souvent assez longue, égale au temps dont un fabricant concurrent avait besoin pour déposer sa demande d'approbation réglementaire²²⁴². Ainsi, si celui-ci commence la fabrication de son produit après que le brevet soit tombé dans le domaine public, le médicament générique ne serait disponible sur le marché qu'entre trois et six ans et demi après²²⁴³.

689. Après examen, le Groupe spécial a jugé la position défendue par le Canada très solide. Il a en effet indiqué qu'« une période plus ou moins brève d'exclusivité commerciale après l'expiration d'un brevet n'a rien d'anormal »²²⁴⁴. Selon lui, « la période additionnelle d'exclusivité commerciale dans cette situation n'est pas une conséquence naturelle ou normale de l'exercice des droits de brevet. C'est une conséquence non prévue de l'application conjointe des législations relatives aux brevets et des législations réglementaires relatives aux produits, dans le cadre de laquelle sous l'effet conjugué des droits de brevet et des impératifs d'ordre chronologique du processus réglementaire, l'exercice de certains droits de brevet s'accompagne d'une période d'exclusivité commerciale plus longue que la période normale »²²⁴⁵. Ainsi, il a conclu que l'exception pour l'examen réglementaire prévue à l'article 55.2 1) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des brevets au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC²²⁴⁶.

²²⁴⁰ *Ibid.*, par. 7.56.

²²⁴¹ *Ibid.*, par. 2.5.

²²⁴² *Ibid.*, par. 7.57. Le Brésil, en tant que partie tierce au litige, a fait part de son principal souci à l'égard de l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC souhaitée par les Communautés européennes quant à la prolongation de facto de la durée du brevet, qui selon lui tend à « conférer un avantage indu au titulaire d'un brevet (...) au détriment de l'équilibre de droits et d'obligations soigneusement négocié dans le cadre de l'Accord » (*ibid.*, par. 5.10).

²²⁴³ Page 159 du rapport du Groupe spécial, WT/DS114/R. Voir également les arguments présentés par Cuba et Thaïland (tierces parties), pages 141 et 163 du rapport du Groupe spécial, WT/DS114/R.

²²⁴⁴ *Ibid.*, par. 7.56.

²²⁴⁵ *Ibid.*, par. 7.57.

²²⁴⁶ *Ibid.*, par. 7.59.

c). « *Ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* »²²⁴⁷

690. D'après le Groupe spécial, l'expression « intérêts légitimes » devrait être définie de la façon dont elle est souvent utilisée dans le discours juridique, c'est-à-dire « *comme une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont "justifiables" en ce sens qu'ils sont étayés par des politiques générales publiques pertinentes ou d'autres normes sociales* »²²⁴⁸. Pour illustrer son propos, le Groupe spécial a cité comme exemple, l'exception à des fins d'expérimentation scientifique, largement utilisée dans les législations nationales relatives aux brevets, en vertu de laquelle l'utilisation du produit breveté pendant la durée du brevet et sans le consentement du titulaire, n'est pas une contrefaçon²²⁴⁹.

691. Le Groupe spécial a essayé de donner un sens à l'expression « intérêts légitimes », mais n'est pas parvenu à trouver un éclairage ni dans l'Accord sur les ADPIC ni dans l'historique de sa négociation²²⁵⁰. C'est ainsi qu'il s'est tourné vers la Convention de Berne, précisément son article 9:2 et l'historique de sa négociation²²⁵¹. Le Groupe spécial a en effet noté que le texte de la version de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, a été à l'évidence établi sur la base du texte de l'article 9 2) de la Convention de Berne. Celui-ci traite des exceptions au droit du détenteur d'un droit d'auteur d'exclure la reproduction de ses œuvres faisant l'objet du droit d'auteur sans permission. Cependant, le Groupe spécial a relevé que si le texte de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC a été inspiré de l'article 9:2 de la Convention de Berne, il n'a pas été rédigé sans modifications. En effet, alors que la condition finale énoncée à l'article 9.2) de la Convention de Berne fait simplement état des intérêts légitimes de l'auteur, les négociateurs de l'Accord sur les ADPIC ont ajouté à l'article 30 l'instruction selon laquelle il faut tenir compte des « intérêts légitimes des tiers »²²⁵². Ainsi, à défaut de trouver d'autres indications quant à la signification à donner à l'expression

²²⁴⁷ Pour un commentaire sur cette troisième condition, voir P. Roffe & C. Spennemann, "Canada-Patent protection of pharmaceutical products", *op.cit.*, pp. 249-252 ; R. Howse, "The Canadian Generic Medicines Panel, A Dangerous Precedent in Dangerous Times", *op.cit.*, pp.501-505 ; C. Jourdain-Fortie, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, *op.cit.*, pp.568-571 ; J. Pauwelyn, "The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO", *op.cit.*, p. 405.

²²⁴⁸ Par. 7.69. du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R.

²²⁴⁹ *Ibid.*, par. 7.69.

²²⁵⁰ *Ibid.*, par. 7.70.

²²⁵¹ *Ibid.*

²²⁵² *Ibid.*, par. 7.71.

« intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte-tenu des intérêts légitimes des tiers », le Groupe spécial a considéré que « la référence aux "intérêts légitimes des tiers" n'a de sens que si l'expression "intérêts légitimes" est interprétée comme un concept plus large que celui d'intérêts juridiques »²²⁵³.

692. Au cas d'espèce, le Groupe spécial a rejeté l'argument des Communautés européennes qui attiraient l'attention sur le fait que les titulaires de brevets, dont les produits innovants sont soumis à des prescriptions en matière d'approbation de commercialisation, subissaient une perte d'avantages économiques dans la mesure où les retards encourus pour obtenir l'approbation des pouvoirs publics les empêchent de commercialiser leurs produits pendant une partie importante de la durée du brevet²²⁵⁴. Le Groupe spécial a conclu que cet intérêt allégué aux noms des titulaires de brevets « n'était ni impérieux ni largement reconnu au point de pouvoir être considéré comme un "intérêt légitime" au sens de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC »²²⁵⁵. Après examen, le Groupe spécial a estimé que le Canada lui avait démontré de façon convaincante que l'article 55.2 1) de sa Loi sur les brevets (exception pour examen réglementaire) ne causait pas un préjudice aux « intérêts légitimes » des titulaires de brevets affectés, au sens de l'article 30²²⁵⁶.

²²⁵³ *Ibid.* À noter, que le Groupe spécial n'a pas répondu à la question de savoir ce que signifiait l'expression « injustifiée » puisque l'analyse du Groupe spécial, a mené à la conclusion qu'il n'y avait pas, dans l'affaire, de « conflit » avec exploitation normale d'un brevet et, en conséquence, qu'il n'était donc pas nécessaire de déterminer si l'exception canadienne était justifiée ou non. Cependant, si un conflit de ce genre était identifié, l'interprétation de l'expression « injustifiée » revêtirait une importance cruciale et deviendrait un problème délicat. Voir C. M. Correa, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha, op.cit.*, p31, note de bas de page 91.

²²⁵⁴ Rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.74. Les Communautés européennes ont avancé que selon les renseignements communiqués par le Canada, l'approbation réglementaire des produits pharmaceutiques nouveaux n'intervient généralement qu'environ huit à 12 ans après le dépôt de la demande de brevet, en raison du temps nécessaire pour achever la mise au point du produit et du temps nécessaire pour se conformer à la procédure réglementaire elle-même. Il en résulte donc, dans le cas des produits pharmaceutiques, que le producteur innovant est en fait en mesure de commercialiser son produit breveté uniquement pendant les huit à 12 années restantes de la durée de 20 ans du brevet de sorte qu'il bénéficie d'une période effective d'exclusivité commerciale qui ne représente que 40 à 60 pour cent de la période d'exclusivité normalement envisagée par une durée de 20 ans du brevet. Les Communautés européennes ont fait valoir que les titulaires de brevets qui subissaient une réduction de l'exclusivité commerciale effective en raison de ces retards devraient être habilités à retarder de la même façon, dans le cadre des prescriptions réglementaires correspondantes, l'entrée sur le marché de produits concurrents (*ibid.*).

²²⁵⁵ *Ibid.*, par. 7.82. Le Groupe spécial a ajouté que « malgré le nombre de gouvernements qui avaient réagi de manière positive face à cet intérêt allégué en accordant à titre de compensation la prolongation de la durée des brevets, la question elle-même se posait depuis assez peu de temps et il y avait manifestement toujours des divergences entre les gouvernements sur le bien-fondé de ces allégations ». De l'avis du Groupe spécial, « le concept d'"intérêts légitimes" énoncé à l'article 30 ne devrait pas être utilisé pour trancher, de manière impérative, une question de politique normative qui faisait manifestement toujours l'objet d'un débat politique à l'issue incertaine » (*ibid.*).

²²⁵⁶ Par. 7.83 du rapport du Groupe spécial, WT/DS114/R.

2- Dans le domaine du droit d'auteur : l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

693. Aux termes de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC « *(l)es Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ». Cet article reproduit la possibilité d'exception prévue à l'article 9.2) de la Convention de Berne, dont il tire son origine²²⁵⁷. L'un comme l'autre imposent trois conditions pour évaluer la légitimité des exceptions ou des limitations aux droits d'auteur²²⁵⁸, ce qui est couramment appelé « le triple test »²²⁵⁹.

694. L'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), a été à cet égard riche d'enseignements²²⁶⁰. À titre de rappel, le différend portait sur deux

²²⁵⁷ En effet, les termes utilisés à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC trouvent leur origine dans les termes semblables utilisés à l'article 9.2) de la Convention de Berne (1971), bien que ce dernier s'applique uniquement dans le cas du droit de reproduction (par. 6.72 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS114/R). Voir le tableau n°21, p. 432.

²²⁵⁸ En ce sens, A. Françon, « Organisation Mondiale du Commerce. Règlement des différends. Prise de position du groupe spécial de l'OMC sur l'interprétation de l'article 9, alinéa 2 de la convention de Berne », *op.cit.*, p. 440. Sur le plan international, ces trois conditions se retrouvent aussi énoncées dans l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit (*ibid.*, p. 441).

²²⁵⁹ A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis– Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, pp. 423-433 ; M. Fiscor, « Combien de quoi ? Les « trois conditions cumulatives » et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *op.cit.*, pp. 111-251 ; D. J. Brennan, « The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam », *op.cit.*, pp. 212-225.

²²⁶⁰ Cette partie de la décision du Groupe spécial a été très commentée, voir en particulier pour la littérature francophone : J. C. Ginsburg, « Vers un droit supranational ? La décision du Groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, pp. 2-64 ; A. Françon, « Organisation Mondiale du Commerce. Règlement des différends. Prise de position du groupe spécial de l'OMC sur l'interprétation de l'article 9, alinéa 2 de la convention de Berne », *op.cit.*, pp. 440-442 ; Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, pp.12-17; du même auteur, « Les exceptions. La méthode suivie et les résultats obtenus », *op.cit.*, pp.17-24 ; A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis– Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, pp. 423-433 ; M. Fiscor, « Combien de quoi ? Les « trois conditions cumulatives » et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *op.cit.*, pp. 111-251 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op.cit.*, pp. 919-922. S'agissant de la littérature anglophone, voir D. Williams, « Developing TRIPS Jurisprudence .The First Six Years and Beyond », *op.cit.*, pp. 192-204 ; D. Shabalala, « United States-Section 110(5) of the US Copyright Act/ summary and analysis », *op.cit.*, pp.142-190 ; M. S. Cruz, « WTO panel on United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act », *op.cit.*, pp. 191-214 ; S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *op.cit.*, pp. 763-777 ; R. Okediji, « Toward an International Fair use Doctrine », *op.cit.*, pp.75-175 ; D. J. Brennan, « The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam », *op.cit.*, pp. 212-225 ; D. J. Gervais, « Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test », *op.cit.*, pp. 1–35 ; A. J. Lapter, « The WTO's Dispute Resolution Mechanism: Does the United States Take it Seriously? A TRIPs Analysis », *op.cit.*, pp. 217-261.

alinéas de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, qui établissent des exceptions aux droits exclusifs accordés aux titulaires du droit d'auteur au titre de l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur en ce qui concerne certaines représentations ou exécutions et présentations²²⁶¹. Il s'agit de l'alinéa (A) qui prévoit « l'exception pour usage de type privé » et de l'alinéa (B) qui prévoit « l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ». Les Communautés européennes (partie plaignante) ont soutenu que ces deux exceptions étaient incompatibles avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et les articles 11(1) (ii) et 11 bis (1) (iii) de la Convention de Berne. Les États-Unis (partie défenderesse) plaidaient que ces exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13 auquel ces conditions sont remplies²²⁶². La question était donc de déterminer si ces deux exceptions satisfaisaient les conditions posées par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

695. C'est ainsi à l'occasion de cet examen de la compatibilité de ces deux exceptions de la loi américaine avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC qu'une importante clarification des conditions posées par cet article a émergé de la part du Groupe spécial saisi de l'affaire. Ce dernier a, en effet, précisé avec soin les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC²²⁶³. Il a d'abord indiqué que l'article 13 « *exige que les limitations des droits exclusifs et exceptions à ces droits 1) soient restreintes à certains cas spéciaux 2) ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et 3) ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* »²²⁶⁴. Il a aussitôt ajouté que ces « *trois conditions s'appliquent de manière cumulative, chacune étant une prescription séparée et indépendante à laquelle il doit être satisfait* »²²⁶⁵. En d'autres mots, « *si l'une quelconque des trois conditions n'est pas remplie l'exception énoncée à l'article 13 ne peut pas être invoquée* »²²⁶⁶.

696. Les développements qui suivent présenteront successivement la façon dont le Groupe spécial a interprété et appliqué ces trois conditions posées par l'article 13 de l'Accord

²²⁶¹ Rapport précité du Groupe spécial précité, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 2.1.

²²⁶² Comme vu précédemment, les États-Unis ont obtenu gain de cause sur le raisonnement juridique selon lequel l'article 13 s'applique aux « exceptions mineurs » et partant aux alinéas A et B de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis. Voir *supra*, §563.

²²⁶³ Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p. 20.

²²⁶⁴ Rapport précité du Groupe spécial précité, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.97. À ce propos, le Groupe spécial a précisé qu'« *il semble que les notions d'"exceptions" et de "limitations", mots qui figurent au début de l'article 13, se chevauchent en partie en ce sens qu'une "exception" désigne une dérogation à un droit exclusif accordée en vertu de la législation nationale à certains égards, alors qu'une "limitation" désigne une réduction d'un tel droit dans une certaine mesure* » (*ibid.*, par. 6.107).

²²⁶⁵ *Ibid.*, par. 6.97.

²²⁶⁶ *Ibid.*

sur les ADPIC aux exceptions énoncées aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, respectivement « l'exception pour usage de type privé » et « l'exception pour usage dans des entreprises commerciales »²²⁶⁷.

a). « *Certains cas spéciaux* »

697. Le Groupe spécial a indiqué que le terme « certains » signifie qu'une exception ou limitation prévue dans la législation nationale doit être « *clairement définie* », en précisant que cela supposait, à tout le moins, que sa portée « *soit connue et particularisée* »²²⁶⁸. Quant aux termes « cas spéciaux », ils impliquaient que l'exception ou limitation soit d'une portée restreinte²²⁶⁹.

698. Par ailleurs, pour répondre aux arguments des parties quant à savoir si le but de la politique générale publique d'une exception est pertinent²²⁷⁰, le Groupe spécial a écarté cette idée et a indiqué « *que l'expression "certains cas spéciaux" ne devrait pas à la légère être assimilée à "but spécial"* ». Selon lui, « *il est difficile de concilier le libellé de l'article 13 avec l'idée qu'une exception ou limitation doit être justifiée par un but de politique générale publique légitime pour remplir la première condition énoncée dans l'article* »²²⁷¹. De l'avis

²²⁶⁷ Nous procédons ici à une synthèse des points essentiels sans faire ressortir tous les points y afférents.

²²⁶⁸ Par. 6.108 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R.

²²⁶⁹ Selon le Groupe spécial, elle « *devrait être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif* » (par. 6.109 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R).

²²⁷⁰ En effet, les Communautés européennes font valoir que, vu le libellé de la première condition énoncée à l'article 9.2) de la Convention de Berne, qui fait partie du contexte de l'article 13, une exception devrait avoir un « but spécial ». Pour les Communautés européennes, dans le cas de l'article 110 5), il n'y a pas de politique générale publique spéciale ou d'autres circonstances exceptionnelles qui font qu'il serait inapproprié ou impossible de faire respecter les droits exclusifs conférés par les articles 11 et 11bis de la Convention de Berne. De l'avis des Communautés européennes, les alinéas de l'article 110 5) ne visent pas à atteindre des objectifs de politique générale publique légitimes (rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.105). Les États-Unis rétorquaient selon leurs termes, « *si tant est que le but d'une exception soit pertinent, l'Accord sur les ADPIC exige uniquement qu'une exception ait un objectif de politique générale spécifique. Il n'impose aucune prescription quant à la légitimité des objectifs de politique générale qu'un pays donné pourrait considérer comme spéciaux à la lumière de sa propre histoire et de ses priorités nationales* » (par. 6.106 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R).

²²⁷¹ Par. 6.111 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. Le Groupe spécial a relevé que l'Organe d'appel a rejeté des critères d'interprétation qui étaient fondés sur l'objectif ou le but subjectif que la législation nationale visait à atteindre (*ibid*, par. 6.111, à la note de bas de page n°115, le Groupe spécial renvoie aux rapports de l'Organe d'appel sur les affaires *Japon – Boissons alcooliques* et *Communautés européennes – Bananes III*). Pour le professeur André Lucas, cette interprétation retenue appelle des réserves. Selon l'auteur, il est certes excessif de demander à l'État défendeur de justifier le bien-fondé de l'exception, mais le plaignant avait raison de lire l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC comme exigeant que l'exception poursuive un « but spécial ». Le seul fait d'enfermer une exception dans des limites quantitatives ne suffit pas à en faire un « cas spécial », sinon la règle pourrait être tournée avec une grande facilité (A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, p. 430). Cela étant, en écartant cette exigence d'un but spécial, l'analyse du Groupe spécial prend le contre-pied de l'opinion doctrinale selon laquelle le cas spécial s'entend d'un « but spécial ».

du Groupe spécial, « *une limitation ou exception peut être compatible avec la première condition, même si elle vise à atteindre un but spécial dont la légitimité fondamentale au sens normatif ne peut pas être perçue* »²²⁷².

699. Appliquant ces définitions aux dispositions litigieuses des alinéas A et B de l'article 110 5) de Loi américaine sur le droit d'auteur, le Groupe spécial a estimé que « l'exception pour usage de type privé » énoncée à l'alinéa A), était de portée restreinte, mais que l'on ne pouvait en dire autant de « l'exception pour usage dans des entreprises commerciales » énoncée à l'alinéa B) dudit article. En effet, le Groupe spécial a estimé que « *d'un point de vue quantitatif, l'étendue de l'alinéa A) en ce qui concerne les utilisateurs potentiels est limitée à un pourcentage comparativement faible de l'ensemble des établissements de restauration, des débits de boissons et des établissements de vente au détail aux États-Unis* »²²⁷³, tandis que l'exception énoncée à l'alinéa B) concerne « *une vaste majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail* »²²⁷⁴.

b). « Qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »

700. Le Groupe spécial a estimé que cette deuxième condition conduit à prendre en compte « *les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable* »²²⁷⁵. De l'avis du

Voir S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, op.cit., pp. 764-765, §13.12.

²²⁷² Par. 6.112 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R.

²²⁷³ Par. 6.143 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. Dans son examen, le Groupe spécial s'est basé sur l'étude du Service de recherche du Congrès (CRS), datée du mois de novembre 1995, qui a estimé que 16 % des établissements de restauration ; 13,5 % des débits de boissons et 18 % des établissements de vente au détail bénéficiaient de l'exception pour usage de type privé (par. 6.142 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R). À ce propos, il est utile de relever que le Groupe spécial n'a pas pris en compte l'argument des Communautés européennes selon lequel l'alinéa A) qui prévoit l'exception pour usage de type privé se prête à diverses interprétations et pourrait s'appliquer à la communication publique d'œuvres musicales émises à l'aide de nouvelles technologies comme les réseaux informatiques (par exemple Internet), dont l'importance croît de jour en jour (*ibid*, par. 6.150). Le Groupe spécial a indiqué, à cet égard, que son analyse est fondée sur les renseignements communiqués des parties et il ne lui semble y avoir à ce jour aucun exemple d'application de l'exception pour usage de type privé, sous sa forme initiale ou modifiée, à la transmission d'œuvres musicales "dramatiques" sur Internet. Pour autant, il n'exclue pas la possibilité qu'à l'avenir de nouvelles technologies créent de nouveaux moyens de distribuer des interprétations dramatiques d'œuvres musicales « dramatiques » qui pourraient avoir des implications pour déterminer si l'alinéa A) constitue un "certain cas spécial" au sens de la première condition énoncée à l'article 13 (*ibid*, par. 6.153).

²²⁷⁴ Le Groupe spécial s'est basé dans ces constatations sur les renseignements factuels qui lui ont été présentés (par. 6.133 du rapport du Groupe spécial précité, WT/DS160/R).

²²⁷⁵ *Ibid.*, par. 6.180. Il importe d'observer avec le Professeur Jane C Ginsburg que le Groupe spécial a retenu une formulation très prudente selon laquelle « *il semble qu'une façon d'évaluer (...) l'exploitation normale consiste à examiner, outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes*

Groupe spécial, la condition n'est pas remplie dès que les utilisations exemptées privent les détenteurs du droit « *de gains commerciaux significatifs ou tangibles* »²²⁷⁶, avec la prise en compte « *des effets réels et potentiels sur les conditions commerciales et technologiques qui règnent actuellement sur le marché ou qui y régneront dans un proche avenir* »²²⁷⁷. Par ailleurs, le Groupe spécial a estimé que la question de savoir si une limitation ou une exception porte atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre « *devrait être appréciée pour chaque droit exclusif pris séparément* »²²⁷⁸.

701. Appliquant ces principes au cas d'espèce, le Groupe spécial a considéré que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale d'œuvres au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13²²⁷⁹ puisqu'elle ne pourrait pas « *revêtir une importance économique ou pratique d'une ampleur notable pour les détenteurs de droits sur des œuvres musicales* »²²⁸⁰. En revanche, l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) porte atteinte

d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable » (*ibid.*). Les termes prudents employés par le Groupe spécial pour caractériser le critère dégagé de la normalité de l'exploitation- « *il semble qu'une façon d'évaluer* »- laissent ouverte selon le Professeur Jane. C. Ginsburg la possibilité que puissent également être appliquées d'autres méthodes d'évaluation (J.C. Ginsburg, « Vers un droit supranational ? La décision du Groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, p. 20).

²²⁷⁶ Par. 6.183 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. À ce propos, la thèse avancée par les Communautés européennes selon laquelle toutes les formes d'utilisation d'œuvres qui créent un avantage économique pour l'utilisateur devraient être considérées comme l'exploitation normale d'œuvres, a été parue excessive pour le Groupe spécial. Il a en effet indiqué « *(s)i tel était le cas, pratiquement aucune exception ou limitation ne satisferait à la deuxième condition et l'article 13 pourrait être vidé de son sens, parce que l'exploitation normale serait assimilée au plein exercice de droits exclusifs* » (*ibid.*, par. 6.182).

²²⁷⁷ Par. 6.187 du rapport du Groupe spécial précité, WT/DS160/R. De l'avis du Groupe spécial, « *ce qui constitue une exploitation normale sur le marché peut évoluer par suite des progrès technologiques ou des changements dans les préférences des consommateurs* ». Par conséquent, selon lui, « *faut prendre en considération les effets réels et potentiels des exceptions en question dans le contexte commercial et technologique actuel* » (*ibid.*, par. 6.187). Selon le Professeur Jane. C. Ginsburg, cette évaluation est à contraster avec son refus de prendre en considération l'éventuelle évolution future des techniques pour évaluer la portée de l'exception (s'agissant de la première condition « certains cas spéciaux »). J. C. Ginsburg, « Vers un droit supranational ? La décision du Groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, p. 16.

²²⁷⁸ Par. 6.173 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. Le Groupe spécial a expliqué que le présent différend a essentiellement trait au droit exclusif prévu à l'article 11bis 1) 3 de la Convention de Berne, telle qu'il a été incorporé dans l'Accord sur les ADPIC, mais aussi au droit exclusif prévu à l'article 11 1) 2. De l'avis du Groupe spécial, l'exploitation normale présupposerait que les détenteurs de droits aient la possibilité d'exercer séparément les trois droits exclusifs garantis en vertu des trois sous-alinéas de l'article 11bis 1), ainsi que ceux conférés par d'autres dispositions, comme l'article 11, de la Convention de Berne. S'il était admissible de limiter par une exception prévue par la loi l'exploitation du droit conféré par le troisième sous-alinéa de l'article 11bis 1) simplement parce que, dans la pratique, l'exploitation des droits conférés par les premier et deuxième alinéas de cet article générerait la plus grande part des recettes sous forme de redevances, l'« exploitation normale » de chacun des trois droits conférés séparément en vertu de l'article 11bis 1) serait compromise (*ibid.*).

²²⁷⁹ *Ibid.*, par. 6.219.

²²⁸⁰ *Ibid.*, par. 6.218.

à l'exploitation normale de l'œuvre au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13²²⁸¹ puisque, comme cela a déjà été relevé dans l'examen de la première condition, la très grande majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail remplissent les conditions requises pour en bénéficier, ce qui constitue une source majeure potentielle de redevances pour l'exercice des droits exclusifs²²⁸².

c). « Ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit »

702. S'agissant de l'expression « intérêts légitimes », le Groupe spécial a indiqué que la notion d'« intérêts » « ne se limite pas nécessairement à un avantage ou à un détriment économique réel ou potentiel »²²⁸³ et que le terme « légitime » a trait non seulement « à la licéité du point de vue du droit positif », mais aussi à « la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs »²²⁸⁴. Quant aux termes « préjudice injustifié », le premier évoque par connotation un tort ou un dommage²²⁸⁵. Le deuxième évoque par connotation un seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme « justifié »²²⁸⁶. Bien évidemment, toute exception est susceptible de causer un préjudice à l'auteur, c'est pourquoi l'analyse du Groupe spécial s'est portée sur le niveau justifié du préjudice. De l'avis du Groupe spécial, « un préjudice [...] atteint un niveau injustifié si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le

²²⁸¹ *Ibid.*, par. 6.211.

²²⁸² *Ibid.*, par. 6.206.

²²⁸³ *Ibid.*, par. 6.223.

²²⁸⁴ *Ibid.*, par. 6.224.

²²⁸⁵ *Ibid.*, par. 6.225.

²²⁸⁶ *Ibid.*

titulaire du droit d'auteur »²²⁸⁷. En somme, c'est une approche économique qui est adoptée pour évaluer le préjudice subi par le titulaire du droit d'auteur²²⁸⁸.

703. Dans le cas de l'affaire, pour déterminer si, de par son ampleur ou son degré, le préjudice est d'un niveau injustifié, le Groupe spécial s'est livré à étudier les renseignements portant sur les conditions du marché communiqués par les parties, en tenant compte du préjudice réel ainsi que du préjudice potentiel causés par les exceptions²²⁸⁹. Au terme d'une analyse minutieuse des arguments des parties relatifs aux méthodes de calcul des pertes subies par les détenteurs de droits²²⁹⁰, le Groupe spécial a conclu que l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) ne satisfait pas aux

²²⁸⁷ *Ibid.*, par. 6.229. En effet, en ce qui concerne ce qui pourrait être la ligne de démarcation entre préjudice « injustifié » et préjudice « pas injustifié », le Groupe spécial a considéré comme convaincante l'explication donnée dans le Guide de la Convention de Berne. Il y est indiqué ce qui suit au sujet de la troisième condition énoncée à l'article 9 2) de la Convention (qui est libellé en des termes pratiquement identiques à ceux de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, mais qui fait référence aux exceptions au droit de reproduction) : « *il faut souligner qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'auteur éprouve ou non un préjudice quelconque: il est évident qu'il y a toujours à la limite un préjudice; toutes les copies causent un préjudice ...* ». Ce paragraphe traite ensuite de la question de savoir si l'acte de photocopier «... porte ... atteinte à la diffusion de cette revue », et il y est précisé que « *[d]ans le cas où il y aurait un manque à gagner pour l'auteur, la loi devrait lui attribuer une compensation (système de licence obligatoire avec rémunération équitable)* ». Le Groupe spécial a noté qu'il ne pense pas que la norme doit être sensiblement différente pour les droits de reproduction, les droits de représentation ou d'exécution ou les droits de radiodiffusion au sens des articles 9, 11 ou 11bis de la Convention de Berne (1971) (rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R, p.6.229, note de bas de page, n°205).

²²⁸⁸ Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 181. Si ce raisonnement semble pour certains auteurs à l'abri de la critique (A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis– Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, p. 433). D'autres auteurs ont critiqué cette approche, à l'instar du Professeur Jane C. Ginsburg pour qui le critère de la justification, voire celui de la légitimité qui fait partie de la troisième condition, « *nécessite par définition une certaine mise en balance d'intérêts opposés; le caractère justifié ou non du préjudice doit être apprécié en fonction d'autres valeurs* » (J. C. Ginsburg, « Vers un droit supranational ? La décision du Groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, p. 56). L'interprétation du Groupe spécial du troisième critère a été aussi critiqué par Ruth Okediji, selon ses termes « *The Panel's analysis on this criterion was its weakest. The evidence adduced by the parties was entirely economic, a factor that plays some role in a fair use determination, but that is not dispositive of the legitimacy of the defense. In addition, the Panel considered both the actual and potential effects of the business exemption. This emphasis on potential economic loss for all rights holders is inconsistent with the fair use test, which focuses on the actual impact of the use on the complaining party. Further, the "effect on the market test" is limited to the market for the work in question.* » (R. Okediji, « Toward an International Fair use Doctrine », *op.cit.*, p.134).

²²⁸⁹ Par. 6.236 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R.

²²⁹⁰ En somme, il y avait la méthode du plaignant (les Communautés européennes), dite la « méthode de l'inclusion », qui prenait comme point de départ le nombre total de restaurants et d'établissements de vente au détail entrant dans les limites de superficie que prévoit cette exception, auxquels on appliquait ensuite les droits de licence les plus bas demandés par les sociétés de gestion collective (l'ASCAP et BMI), « étant présumé que 100 pour cent des établissements concernés acquittent des droits » (par. 6.256 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R). De l'autre côté, il y avait la méthode du défendeur (les États-Unis), dite « la méthode de l'exclusion », qui prenait comme point de départ le montant total moyen des recettes intérieures réparties par les sociétés de gestion collective (l'ASCAP et BMI) pour les années 1996 à 1998 (par. 6.255 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R). Dans cette bataille de chiffres, même si les deux calculs comportent un grand nombre d'estimations et d'hypothèses (*ibid.*, par.6.260), le Groupe spécial a estimé qu'aucune des deux estimations n'est dépourvue de pertinence (*ibid.*, par.6.254).

prescriptions de la troisième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC²²⁹¹. En revanche, il a conclu autrement pour le cas de l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A), qui selon ses termes « *ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits au sens de la troisième condition énoncée à l'article 13* »²²⁹².

3. Dans le domaine des marques : l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC

704. Comme dans le domaine des brevets (article 30) et des droits d'auteur (article 13), une disposition similaire relative aux exceptions est prévue dans le domaine des marques de fabrique ou de commerce. Ainsi, selon l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC, «*[l]es Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce, par exemple en ce qui concerne l'usage loyal de termes descriptifs, à condition que ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers* ».

705. À l'occasion de les affaires *Communautés européennes – Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), l'article 17 a fait l'objet d'une importante clarification de la part du Groupe spécial chargé de l'affaire. À titre de rappel, au centre de cette affaire, le Règlement communautaire 2081/92 du 14 juillet 1992 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires que, successivement, les États-Unis puis l'Australie tiennent pour non-conforme aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Ils alléguaient que le Règlement est incompatible avec l'article 16:1 de l'Accord sur les ADPIC parce qu'il ne garantit pas que le titulaire d'une marque puisse empêcher les utilisations d'IG dans les cas où une telle utilisation entraînerait

²²⁹¹ *ibid.*, par. 6.266 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. En fait, les États-Unis n'ont pas réussi à démontrer que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit (dans la mesure où c'est sur celui qui invoque l'exception qu'incombe en dernier ressort la charge de la preuve quant au point de savoir s'il est satisfait à toutes les conditions énoncées à l'article 13) (*ibid.*, par. 6.265). Sur la charge de la preuve, voir *supra*, § 274.

²²⁹² Par. 6.272 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R. Le Groupe spécial argumente cette solution, en ce que : a) l'exonération de toute responsabilité pour un petit établissement commercial qui n'a pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond ; b) les pourcentages faibles d'établissements visés par l'exception ; c) l'utilisation de matériel pour usage de type privé ; d) le champ d'action de l'exception limité à la communication publique d'émissions comprenant des interprétations d'œuvres musicales dramatiques, telles que les opéras, les opérettes, les comédies musicales et d'autres œuvres dramatiques similaires ; e) l'absence d'éléments de preuve qui montreraient que les détenteurs de droits auraient concédé des licences, ou cherché à en concéder, pour la communication publique d'exécutions radiodiffusées comprenant des interprétations d'œuvres musicales dramatiques (*ibid.*, par. 6.269-6.271).

un risque de confusion avec une marque antérieure²²⁹³. Les Communautés européennes répondent que cette allégation est sans fondement et que la mesure en cause est justifiée en tant qu'exception limitée au titre de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC²²⁹⁴. Le Groupe spécial a donc examiné ce moyen de défense, ce qui a permis d'éclairer les conditions énoncées à l'article 17²²⁹⁵.

706. Le Groupe spécial saisi de l'affaire a tout d'abord, noté que la structure de l'article 17 est différente de celle des articles 30 et 13 de l'Accord sur les ADPIC²²⁹⁶. Contrairement aux articles 30 et 13 qui énoncent trois conditions cumulatives, la structure de l'article 17 ne mentionne que deux conditions cumulatives, à savoir que : a) toute exception doit être limitée, et b) doit tenir compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers²²⁹⁷. Le Groupe spécial a également attiré l'attention sur le fait que l'article 17 « *est aussi la seule disposition qui contient un exemple* »²²⁹⁸, à savoir « l'usage loyal de termes descriptifs ». Il a relevé que cet exemple n'est certes fourni qu'à titre d'illustration²²⁹⁹, mais il peut toutefois, selon ses termes « *donner des indications en matière d'interprétation* »²³⁰⁰. De l'avis du Groupe spécial, « *toute interprétation du terme "limitée" ou de la clause conditionnelle qui exclurait l'exemple serait manifestement incorrecte* »²³⁰¹. Par ailleurs, le Groupe spécial a insisté sur l'importance d'interpréter l'article 17 suivant ses propres termes, même s'« *il est instructif de faire référence à l'interprétation donnée par deux groupes spéciaux antérieurs de certains éléments communs des articles 13 et 30* »²³⁰².

²²⁹³ Par. 7.512 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.516 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²²⁹⁴ Par. 7.513 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, et par. 7.517 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²²⁹⁵ Par. 7.644 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.644 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²²⁹⁶ Le Groupe spécial a fait observer que les articles 13 et 30 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que l'article 9 2) de la Convention de Berne incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, permettent aussi des exceptions aux droits de propriété intellectuelle et contiennent tous, à des degrés variables, un libellé similaire à celui de l'article 17. Toutefois, contrairement à ces dispositions, l'article 17 ne contient aucune référence au fait que les exceptions « ne portent pas atteinte à l'exploitation normale », ni aucune référence au « préjudice injustifié » causé aux intérêts légitimes du détenteur ou du titulaire du droit. De plus, non seulement il fait référence aux intérêts légitimes des tiers mais il les traite également de la même façon que ceux du titulaire du droit de la marque (par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R). Pour mieux percevoir cette différence, voir le tableau n°21.

²²⁹⁷ *Ibid.*

²²⁹⁸ Par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²²⁹⁹ Par. 7.648 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.648 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³⁰⁰ Par. 7.648 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.648 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³⁰¹ *Ibid.*

²³⁰² Par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.649 du rapport précité du Groupe spécial WT/DS290/R. Il s'agit des rapports précités des Groupes spéciaux sur les affaires suivantes :

707. Les développements qui suivent présenteront successivement comment le Groupe spécial a interprété et appliqué les deux conditions posées par l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC dans les affaires susmentionnées *Communautés européennes – Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290).

a). « Exceptions limitées »

708. À ce propos, pour donner le sens de cette expression « exceptions limitées » telle qu'elle est employée à l'article 17, le Groupe spécial s'est entièrement souscrit aux vues du Groupe spécial dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), qui donnait une interprétation du terme identique figurant à l'article 30, selon laquelle «[l]e mot "exception" lui-même implique une dérogation limitée, une dérogation qui ne porte pas atteinte à l'ensemble de règles dont elle est issue »²³⁰³. Il a aussi noté que « l'ajout du mot "limitée" souligne que l'exception doit être restreinte et ne permet qu'une faible diminution des droits »²³⁰⁴. Par ailleurs, le Groupe spécial a relevé que les exceptions limitées s'appliquent seulement « aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce »²³⁰⁵, expliquant qu'« elles ne s'appliquent pas à l'ensemble des marques ni à l'ensemble des titulaires de marques »²³⁰⁶. Selon son raisonnement, « le fait qu'une exception peut affecter seulement quelques marques ou quelques titulaires de marques n'est pas pertinent pour déterminer si elle est limitée. La question est de savoir si l'exception aux droits conférés par une marque de fabrique ou de commerce est restreinte »²³⁰⁷.

709. Pour ce qui est du Règlement mis en cause, le Groupe spécial a constaté qu'il crée une « exception limitée » au sens de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC²³⁰⁸. Il a en effet relevé que le Règlement communautaire est restreint : i) en ce qu'il empêchait le titulaire de la marque d'exercer le droit d'empêcher les usages prêtant à confusion d'un signe pour un produit agricole ou une denrée alimentaire produit, en ce qui concerne certains produits et non

Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques WT/DS114/R et *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R.

²³⁰³ Les notes de bas de page n°579 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et n°584 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R, citent le rapport du Groupe spécial, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.30.

²³⁰⁴ Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R, par. 7.650 et rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R, par. 7.650.

²³⁰⁵ *Ibid.*

²³⁰⁶ *Idem.*

²³⁰⁷ *Idem.* 7.650.

²³⁰⁸ Par. 7.650 et 7.661 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.650 et 7.661 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

tous les produits identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée²³⁰⁹ ; et ii) en ce qu'il empêchait le titulaire de la marque d'exercer le droit d'empêcher les usages prêtant à confusion par des personnes utilisant sur un produit une indication géographique enregistrée, en ce qui concerne certains tiers, mais non à tous les tiers²³¹⁰.

b). « Qui tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers »

710. Selon le Groupe spécial, les exceptions limitées doivent satisfaire à la clause conditionnelle voulant que « ces exceptions tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers » pour pouvoir bénéficier de l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC²³¹¹.

711. Le même problème d'interprétation se pose ici avec la question de savoir comment définir les *intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers* ? De l'avis du Groupe spécial, étant donné que l'article 17 crée une exception aux droits conférés par la marque, les « intérêts légitimes » du titulaire de la marque doivent correspondre à quelque chose qui est différent de la pleine jouissance de ces droits juridiques. Les « intérêts légitimes » du titulaire de la marque sont aussi comparés à ceux des « tiers », qui ne jouissent d'aucun droit conféré par une marque. Par conséquent, les « intérêts légitimes », au moins des tiers, doivent correspondre à quelque chose qui est différent de la simple jouissance de leurs droits juridiques. C'est ce que confirme l'emploi du verbe « tiennent compte des », qui est moins fort que le verbe « protéger »²³¹². Sur ce point, le Groupe spécial s'est souscrit aux vues du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), qui a interprété l'expression « intérêts légitimes » du titulaire d'un brevet et des tiers dans le contexte de l'article 30 comme « *une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont "justifiables" en ce sens qu'ils sont étayés par des politiques générales publiques* »

²³⁰⁹ Par. 7.655 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.655 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³¹⁰ Par. 7.656 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.656 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R. Par conséquent, « *non seulement la marque peut continuer d'être utilisée, mais que le droit du titulaire de la marque d'empêcher les utilisations qui prêtent à confusion n'est pas affecté, sauf en ce qui concerne l'utilisation d'une IG telle qu'elle a été inscrite au registre, conformément à son enregistrement* » (par. 7.659 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.659 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R).

²³¹¹ Par. 7.662 du précité rapport du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.662 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³¹² *Ibid.*

pertinentes ou d'autres normes sociales »²³¹³. De l'avis du Groupe spécial, cette interprétation est également vraie pour l'expression « intérêts légitimes » du titulaire d'une marque et des tiers dans le contexte de l'article 17²³¹⁴.

Chaque titulaire de marque a pour intérêt légitime de préserver le caractère distinctif de sa marque, ou la capacité de la distinguer, afin qu'elle puisse remplir sa fonction. Cela comprend l'intérêt qu'a le titulaire d'une marque à utiliser sa propre marque en relation avec les produits ou les services de ses propres entreprises bénéficiant d'une autorisation. Le fait de tenir compte de cet intérêt légitime permettra aussi de tenir compte de l'intérêt du titulaire de la marque dans la valeur économique de sa marque qui résulte de la renommée dont elle jouit et de la qualité qu'elle dénote²³¹⁵. Toutefois, le Groupe spécial a fait remarquer que « *la clause conditionnelle de l'article 17 exige uniquement que les exceptions "tiennent compte" des intérêts légitimes du titulaire de la marque, et qu'elle ne fait pas référence au "préjudice injustifié" causé à ces intérêts, contrairement aux clauses conditionnelles des articles 13, 26:2 et 30 de l'Accord sur les ADPIC, et de l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC* »²³¹⁶. De l'avis du Groupe spécial, « *cela donne à penser qu'un critère moins rigoureux de la prise en compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque est requis* »²³¹⁷.

712. S'agissant du Règlement communautaire, le Groupe spécial a conclu après examen, que la clause conditionnelle énoncée à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC est satisfaite. Il a en effet relevé que le Règlement en cause a été appliqué pour tenir compte, entre autres, de l'intérêt légitime des titulaires de marques à protéger le caractère distinctif de leurs marques respectives²³¹⁸ et de l'intérêt légitime des tiers (qui comprennent à la fois les consommateurs²³¹⁹ et les utilisateurs d'indication géographique)²³²⁰ conformément à l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC.

²³¹³ Par. 7.663 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.663 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ Par. 7.664 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.664 du rapport précité du rapport du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³¹⁶ Par. 7.671 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.671 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ Par. 7.668 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.668 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R. S'agissant des titulaires de marques antérieures, il estime que ces intérêts consistent en la préservation du caractère distinctif de ces marques, ainsi que le droit de les utiliser sur les produits concernés.

²³¹⁹ Par. 7.676-7.677 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.675 -7.676 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R. L'article 14, paragraphe 3 du Règlement traite expressément des consommateurs, en prévoyant le refus de l'enregistrement d'une IG lorsque « *l'enregistrement est de nature à*

§2. Les autres questions cruciales concernant l'Accord sur les ADPIC

713. On envisagera d'aborder quelques-unes d'entre elles du moins celles qui paraissent des plus importantes. Seront ainsi successivement examinées les questions suivantes : la protection des « noms commerciaux » au titre de l'Accord sur les ADPIC (A) ; la rétroactivité de l'Accord sur les ADPIC (B) ; le système de boîtes aux lettres en matière des brevets (C) ; le principe du traitement national (D) ; la protection du droit d'auteur et la censure publique (E) et, enfin, les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (F).

A. La protection des « noms commerciaux » au titre de l'Accord sur les ADPIC

714. L'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), a marqué un moment important quant à la portée de l'Accord sur les ADPIC. Le mérite revient à l'Organe d'appel qui a affirmé que les noms commerciaux, et non pas seulement les marques, étaient couverts par l'Accord sur les ADPIC, renversant en cela la constatation du Groupe spécial²³²¹. En effet ce dernier, contre toute attente, a constaté que les noms commerciaux ne relèvent pas de l'Accord sur les ADPIC. Cette constatation fut une surprise pour les parties du différend car tant les Communautés européennes (partie plaignante) que les États-Unis (partie défenderesse) avaient admis que les noms commerciaux étaient inclus dans le champ d'application de l'Accord sur les ADPIC²³²². En conséquence, les Communautés européennes ont fait appel sur ce point²³²³ et ont demandé à l'Organe d'appel d'infirmier la constatation du Groupe spécial selon laquelle les noms commerciaux ne sont pas couverts par l'Accord sur les ADPIC²³²⁴. Les États-Unis ont suivi l'exemple des Communautés européennes, soutenant que le Groupe spécial avait fait une erreur en

induire le consommateur en erreur quant à la véritable identité du produit » (par. 7.677 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.676 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R).

²³²⁰ Par. 7.681-7.686 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.679 - 7.684 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²³²¹ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 341. Voir le rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.41. À ce sujet, voir M-A. Frison-Roche « Expertise Droit commercial L'OMC étend ses compétences à la protection des marques », *Le Monde*, 29 janvier 2002.

²³²² Par. 53 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R.

²³²³ En effet, les Communautés européennes ont fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les noms commerciaux n'étaient pas visés par l'Accord sur les ADPIC (par. 53 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R).

²³²⁴ *Ibid.*, par. 324.

constatant que l'Accord sur les ADPIC ne contenait aucune obligation concernant les noms commerciaux²³²⁵.

715. L'article 8 de la Convention de Paris (1967) prescrit spécifiquement de protéger les noms commerciaux. L'article 1:2 dispose qu'« *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* ». L'article 2:1 dispose que « *pour ce qui est des Parties II, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)*».

716. En examinant la question, l'Organe d'appel a nettement critiqué les interprétations données par le Groupe spécial des articles 2:1 et 1:2 de l'Accord sur les ADPIC.

L'Organe d'appel a noté que « *le Groupe spécial a interprété le membre de phrase de l'article 1:2 "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" comme s'il signifiait « la propriété intellectuelle s'entend des secteurs de la propriété intellectuelle qui figurent dans les titres des sections 1 à 7 de la Partie II* »²³²⁶. À ses yeux, l'interprétation donnée par le Groupe spécial « *ne tient pas compte des termes mêmes de l'article 1:2, car elle passe sous silence le fait que le membre de phrase "font l'objet des sections 1 à 7 de la Partie II" vise non seulement les secteurs de la propriété intellectuelle indiqués dans chaque titre de section, mais d'autres objets également* »²³²⁷. L'Organe d'appel n'a pas hésité, à cet égard, à citer un exemple, sans doute pour bien se faire comprendre et faire aussi comprendre au Groupe spécial son erreur de raisonnement. Selon ses termes « *par exemple, à la section 5 de la Partie II, intitulée "Brevets", l'article 27:3 b) prévoit que les Membres ont la possibilité de protéger les obtentions de variétés végétales par des droits sui generis (comme les droits d'obtenteur) et non pas par des brevets. D'après la théorie du Groupe spécial, de tels droits sui generis ne seraient pas couverts par l'Accord sur les ADPIC. La possibilité prévue à l'article 27:3 b) serait exclue de l'Accord sur les ADPIC* »²³²⁸.

L'Organe d'appel a également relevé que « *le Groupe spécial a interprété les termes "pour ce qui est des", à l'article 2:1, comme limitant l'incorporation des dispositions de la*

²³²⁵ *Ibid.*, par. 84.

²³²⁶ À savoir, le droit d'auteur et les droits connexes ; les marques de fabrique ou de commerce; les indications géographiques; les dessins et modèles industriels; les brevets ; les schémas de configuration de circuits intégrés; et la protection des renseignements non divulgués (par. 8.30 rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R et par. 335 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R).

²³²⁷ Par. 335 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R.

²³²⁸ *Ibid.*

Convention de Paris (1967), y compris l'article 8, dans les Parties II, III et IV de l'Accord sur les ADPIC »²³²⁹. De l'avis de l'Organe d'appel, « l'article 2:1 [...] incorpore expressément l'article 8 de la Convention de Paris (1967) dans l'Accord sur les ADPIC »²³³⁰. Il poursuit son raisonnement, en indiquant que « l'article 8 de la Convention de Paris (1967) ne vise que la protection des noms commerciaux; il n'a pas d'autre objet. Si l'intention des négociateurs était d'exclure les noms commerciaux de la protection, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure l'article 8 dans la liste des dispositions de la Convention de Paris (1967) qui ont été expressément incorporées dans l'Accord sur les ADPIC »²³³¹. Selon lui, « adopter l'approche du Groupe spécial reviendrait à vider l'article 8 de la Convention de Paris (1967), tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC aux termes de l'article 2:1 de cet accord, de tout son sens et de tout son effet »²³³².

717. En outre, l'Organe d'appel a relevé que le Groupe spécial s'est appuyé sur l'historique de la négociation des articles 1:2 et 2:1 de l'Accord sur les ADPIC (en application de l'article 32 de la Convention de Vienne) pour confirmer son interprétation de la portée dudit accord²³³³. L'Organe d'appel a considéré que son importance pour la question dont il est saisi n'est aucunement déterminante²³³⁴. Selon lui, « les documents sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé ne permettent pas d'établir si l'Accord sur les ADPIC couvre les noms commerciaux. Les passages de l'historique de la négociation de l'article 1:2 cités par le Groupe spécial ne font même pas mention des noms commerciaux. Il n'y a absolument rien dans ces passages qui indique que les Membres étaient ou pour ou contre leur inclusion. De fait, la seule référence à un débat relatif aux secteurs couverts l'Accord sur les ADPIC concerne non pas les noms commerciaux mais les secrets d'affaires »²³³⁵. L'Organe d'appel a fait d'ailleurs remarqué que le Groupe spécial lui-même a reconnu que « les dossiers ne donnent pas de renseignements sur le but de cette adjonction » des termes « pour ce qui est

²³²⁹ *Ibid.*, par. 331. Selon le Groupe spécial: «Étant donné que le sens ordinaire de l'expression "pour ce qui est de" est "en ce qui concerne, au sujet [de], s'agissant [de]" et qu'elle désigne explicitement les Parties II, III et IV, nous considérons que les Membres doivent se conformer aux articles 1er à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967) "pour ce qui est" de ce qui est couvert par les parties de l'Accord sur les ADPIC indiquées dans cette disposition, à savoir le droit d'auteur et les droits connexes; les marques de fabrique ou de commerce; les indications géographiques; les dessins et modèles industriels; les brevets; les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés; et la protection des renseignements non divulgués » (par. 8.30 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS176/R).

²³³⁰ Par. 336 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R.

²³³¹ *Ibid.*, par. 338.

²³³² *Ibid.* C'est l'application du principe de l'effet utile. Sur ce principe, voir *supra*, §620 et s.

²³³³ Par. 332 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R.

²³³⁴ *Ibid.*, par. 339.

²³³⁵ *Ibid.*

des » figurant au début de l'article 2:1²³³⁶. Pour ces raisons, l'Organe d'appel ne pense pas que des conclusions puissent être tirées de ces dossiers²³³⁷.

En somme, aux yeux de l'Organe d'appel, l'interprétation qu'a donné le Groupe spécial articles 1:2 et 2:1 de l'Accord sur les ADPIC est non seulement contraire au sens ordinaire des termes de ces dispositions, mais n'est pas aussi confirmée par l'historique de la négociation sur lequel il s'est appuyé pour valider son raisonnement²³³⁸.

718. Pour toutes ces raisons, entre autres, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les noms commerciaux n'étaient pas couverts par l'Accord sur les ADPIC et a constaté que les Membres de l'OMC ont l'obligation, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, d'assurer la protection des noms commerciaux²³³⁹.

719. À la réunion de l'ORD tenue le 1^{er} février 2002, dans le contexte de l'adoption des rapports sur cette affaire, les Communautés européennes ont exprimé leur satisfaction à l'égard de la décision de l'Organe d'appel sur ce point. Leur représentant a déclaré que la « *décision était satisfaisante aussi d'un point de vue systémique* » dans la mesure où elle confirmait que les noms commerciaux étaient bien du ressort de la discipline de l'Accord sur les ADPIC²³⁴⁰.

B. La question de la non- rétroactivité de l'Accord sur les ADPIC

720. La question a été traitée dans cadre du différend *Canada — Durée d'un brevet* (WT/DS170)²³⁴¹. Plus exactement, certaines questions d'interprétation du droit ont été soulevées devant l'Organe d'appel concernant les alinéas 1 et 2 de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC intitulé « *Protection des objets existants* »²³⁴².

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ *Ibid.*

²³³⁸ *Ibid.*, par. 340.

²³³⁹ *Ibid.*, par. 341.

²³⁴⁰ ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} février 2002*, WT/DSB/M/119, 6 mars 2002, p. 5, § 24.

²³⁴¹ Sur ce différend, voir *supra*, §529 et s.

²³⁴² Rapport précité de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, par. 8.

L'alinéa 1 de l'article 70 indique que : « *Le présent accord ne crée pas d'obligations pour ce qui est des actes qui ont été accomplis avant sa date d'application pour le Membre en question* »²³⁴³.

L'alinéa 2 de l'article 70 précise que : « *Sauf disposition contraire du présent accord, celui-ci crée des obligations pour ce qui est de tous les objets existant à sa date d'application pour le Membre en question, et qui sont protégés dans ce Membre à cette date, ou qui satisfont ou viennent ultérieurement à satisfaire aux critères de protection définis dans le présent accord* »²³⁴⁴.

721. Comme cela arrive souvent, même des questions apparemment simples présentent en fait des complexités. À titre de rappel, dans cette affaire, les États-Unis mettaient en cause l'article 45 de la Loi canadienne sur les brevets, qui conférait avant le 1^{er} octobre 1989 une protection d'une durée de 17 ans à compter de la délivrance du brevet (ci-après, ancienne loi). Le Groupe spécial en première instance, a conclu à l'incompatibilité de cette mesure avec l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC en indiquant que l'«*énoncé "objets existants ... qui sont protégés" à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC, figurant à l'article 70:2, comprend les inventions qui sont actuellement protégées par des brevets conformément à l'article 45 et qui étaient protégées par un brevet le 1er janvier 1996, et que cela ne tombe pas sous le coup de l'article 70:1* »²³⁴⁵.

722. Le Canada a fait appel de cette constatation du Groupe spécial selon laquelle la «*règle de l'application non rétroactive* » contenue à l'article 70:1 de l'Accord sur les ADPIC ne l'emporte pas sur la règle énoncée à l'article 70:2 de l'accord²³⁴⁶. Plus précisément, le Canada a contesté la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 70:2, qui porte sur les «*objets existants et qui sont protégés* » à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour un Membre, s'applique, dans le cas du Canada, aux brevets visés par l'ancienne loi ; et selon laquelle l'article 70:1, qui porte sur les «*actes qui ont été accomplis*» avant cette date, ne s'applique pas²³⁴⁷. Le Canada a soutenu que le Groupe spécial a commis une erreur dans son interprétation en n'examinant pas le lien contextuel entre l'article 70:1 et l'article 70:2 de l'Accord sur les ADPIC. De l'avis du Canada, une interprétation contextuelle des paragraphes 1 et 2 de l'article 70 révélerait que ces deux paragraphes portent sur des obligations que l'Accord sur les ADPIC crée ou bien ne crée pas. Quand ces deux paragraphes sont lus

²³⁴³ Caractères gras ajoutés.

²³⁴⁴ *Ibid.*

²³⁴⁵ Par. 7.1 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS170/R.

²³⁴⁶ *Ibid.*, par. 10.

²³⁴⁷ *Ibid.*, par. 50.

conjointement, leur sens ordinaire et la « clause d'exception » figurant à l'article 70:2 montrent clairement que les obligations créées par l'Accord sur les ADPIC excluent toutes obligations décrites à l'article 70:1²³⁴⁸.

Dans sa défense, le Canada s'est appuyé sur l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui prévoit que les dispositions d'un traité n'ont pas pour effet de lier une partie à un acte, un fait ou une situation antérieure à l'entrée en vigueur de ce traité pour cette partie²³⁴⁹. De l'avis du Canada, l'article 70:1 de l'Accord sur les ADPIC confirme la règle de la non-rétroactivité énoncée à l'article 28 de la Convention de Vienne, alors que les paragraphes restants de l'article 70 « *amplifient ou modifient de diverses façons la règle générale* » établie à l'article 70:1 afin de tenir compte des circonstances particulières dont la présence de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC anticipée par les négociateurs de l'accord²³⁵⁰.

723. À l'occasion de l'examen des allégations d'erreurs formulées par le Canada, l'Organe d'appel a apporté des clarifications importantes sur les deux alinéas de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC.

724. Concernant l'article 70:1, l'Organe d'appel a relevé que dans le contexte des actes relevant du domaine des droits de propriété intellectuelle, le terme « actes »²³⁵¹ figurant à l'article 70:1 peut comprendre les actes des autorités publiques (c'est-à-dire les gouvernements ainsi que les autorités réglementaires et administratives qui en relèvent) ainsi que les actes de parties privées ou de tiers²³⁵². L'Organe d'appel a précisé aussi que « *l'article 70:1 dispose que, quand de tels "actes" "ont été accomplis" avant la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour un Membre, c'est-à-dire quand de tels "actes" ont été effectués, exécutés ou achevés avant cette date, aucune obligation résultant de l'Accord sur les ADPIC ne doit être imposée à un Membre pour ce qui est de ces "actes"* »²³⁵³. Il s'agit de la règle de non-

²³⁴⁸ *Ibid.*, par. 13.

²³⁴⁹ *Ibid.*, par. 11.

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ L'Organe d'appel a examiné le sens ordinaire du terme « actes ». Selon lui, ce terme « *est quelque chose qui est "effectué" et l'utilisation du membre de phrase "actes qui ont été accomplis" donne à entendre que ce qui a été effectué est maintenant achevé ou a pris fin. Cela exclut des situations, y compris des obligations et des droits existants, qui n'ont pas pris fin* » (par. 58 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R).

²³⁵² *Ibid.*, par. 54. De l'avis de l'Organe d'appel, « *[l]es "actes" des autorités publiques peuvent comprendre, par exemple, dans le domaine des brevets, l'examen des demandes de brevet, la délivrance ou le rejet d'un brevet, la révocation ou la déchéance d'un brevet, la concession d'une licence obligatoire, la saisie par les autorités douanières de marchandises portant prétendument atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un détenteur, etc. Les "actes" de parties privées ou de tiers peuvent comprendre, par exemple, des "actes" tels que le dépôt d'une demande de brevet, des actes portant atteinte aux droits ou autres usages non autorisés d'un brevet, la concurrence déloyale ou l'utilisation abusive des droits conférés par un brevet* » (*ibid.*).

²³⁵³ *Ibid.*, par. 55. Dans le cas d'espèce, le Canada est un pays développé, la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour ce pays est donc à partir du 1^{er} janvier 1996.

rétroactivité²³⁵⁴. Toutefois, il a ajouté que « *dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, il est d'une importance fondamentale d'établir une distinction entre les "actes" et les "droits" créés par ces "actes"* »²³⁵⁵. Poursuivant son raisonnement, l'Organe d'appel a indiqué que l'article 70:1 vise uniquement des actes qui ont pris fin et non « *des situations, y compris des obligations et des droits existants, qui n'ont pas pris fin* »²³⁵⁶, et a conclu que « *l'article 70:1 de l'Accord sur les ADPIC ne peut pas être interprété de façon à exclure les droits existants, tels que les droits de brevet, même si ces droits ont été créés par des actes accomplis avant la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour un Membre* »²³⁵⁷.

725. Concernant l'article 70:2 susmentionné, l'Organe d'appel a approuvé le raisonnement du Groupe spécial selon lequel les « objets » mentionnés audit article font référence, dans le cas des brevets, aux inventions²³⁵⁸. L'Organe d'appel a réaffirmé que le terme « objets », aux fins de l'article 70:2, était « *ce qui est "protégé" ou ce qui "satisfait aux critères de protection" définis dans l'Accord sur les ADPIC* »²³⁵⁹. Ainsi, puisque les brevets constituent le moyen de protection, « *tout ce que les brevets protègent doit constituer les "objets" auxquels il est fait référence à l'article 70:2* »²³⁶⁰.

726. S'agissant du rapport entre les deux paragraphes de l'article 70 de l'Accord sur les ADPIC, contrairement à l'allégation du Canada selon laquelle l'article 70:1 constitue une exception à l'article 70:2²³⁶¹, l'Organe d'appel a conclu avec le Groupe spécial que ces deux articles portent sur deux questions distinctes et séparées²³⁶². « *Le premier porte sur les "actes"*

²³⁵⁴ L'article 70:1 seul porte sur des circonstances "rétroactives" et les exclut d'une façon générale du champ d'application de l'Accord (par. 70 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R).

²³⁵⁵ *Ibid.*, par. 56 (caractères gras ajoutés). De l'avis de l'Organe d'appel, « [d]ans le domaine des brevets, par exemple, la délivrance d'un brevet (qui est manifestement un "acte") confère au moins les droits fondamentaux suivants au détenteur du brevet, conformément aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC: traitement national (article 3) ; traitement de la nation la plus favorisée (article 4) ; possibilité d'obtenir un brevet de produit et de procédé dans tous les domaines technologiques; non-discrimination entre produits importés et nationaux (article 27:1); durée de la protection (article 33); et "renversement de la charge de la preuve" dans le cas des brevets de procédé (article 34) » (*ibid.*).

²³⁵⁶ *Ibid.*, par. 58 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R.

²³⁵⁷ *Ibid.*, par. 60. Le raisonnement de l'Organe d'appel s'appuie sur le principe de l'effet utile qui apparaît en filigrane à travers la notation que « *l'interprétation contraire réduirait sensiblement le champ d'application des autres dispositions de l'article 70, en particulier des dispositions explicites de l'article 70:2* » dans la mesure où la « *la quasi-totalité des situations ou des droits existants qu'ils ont été créés par un ou plusieurs "actes" antérieurs* » à l'accord (*ibid.*, par. 59). Sur ce point, voir H. Ruiz Fabri., « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op.cit.*, p. 925.

²³⁵⁸ Par. 65 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R et par. 6.36 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS170/R.

²³⁵⁹ Par. 65 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R.

²³⁶⁰ *Ibid.*

²³⁶¹ Précisément le Canada fait valoir que l'article 70:1 constitue une exception pour les « objets existant ... et qui sont protégés » à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour lui. L'article 70:1 est donc une "disposition contraire" au sens de cette disposition restrictive; et que, par conséquent, l'article 70:1 l'emporte sur l'article 70:2 (par. 67 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R).

²³⁶² *Ibid.*, par. 69.

passés alors que le deuxième porte sur les "objets" existant à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC ». Il poursuit son raisonnement et indique que « *l'article 70:1 de l'Accord sur les ADPIC a seulement pour effet d'exclure toutes obligations pour ce qui est des "actes qui ont été accomplis" avant la date d'application de l'Accord sur les ADPIC mais il n'exclut pas les droits et obligations pour ce qui est des situations qui continuent* »²³⁶³. L'Organe d'appel a, toutefois, fait souligner que son interprétation de l'article 70 ne conduisait pas à une application « rétroactive » de l'Accord sur les ADPIC²³⁶⁴. Il a voulu plutôt affirmer qu'« *un traité s'applique aux droits existants, même quand ces droits résultent d'"actes qui ont été accomplis" avant l'entrée en vigueur du traité* »²³⁶⁵.

727. Cette conclusion a été étayée par le principe général de droit international qui se trouve selon l'Organe d'appel dans l'article 28 de la Convention de Vienne lequel établit une présomption à l'encontre de l'effet rétroactif des traités²³⁶⁶. Cet article stipule en effet qu'« *à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* ». L'Organe d'appel a considéré que cet article « *porte non seulement sur tout "acte" mais aussi sur tout "fait" ou toute "situation qui avait cessé d'exister* ». Il établit qu'en l'absence d'une intention contraire, les dispositions d'un traité ne s'appliquent pas à « *une situation qui avait cessé d'exister" avant la date d'entrée en vigueur du traité pour une partie à ce traité* ». De l'avis de l'Organe d'appel, « *logiquement, l'article 28 entraîne aussi nécessairement qu'en l'absence d'une intention contraire, les obligations du traité s'appliquent bien à une "situation" qui n'a pas cessé d'exister - c'est-à-dire à une situation qui est apparue par le passé mais qui continue d'exister dans le cadre du nouveau traité* »²³⁶⁷. En fait, pour l'Organe d'appel, « *l'utilisation même du mot "situation" suggère quelque chose qui subsiste et qui continue dans le temps* ». Poursuivant son raisonnement dans le cas d'espèce, il a indiqué que ce mot « *engloberait donc les "objets existant & et qui sont protégés", comme les brevets visés par l'ancienne loi qui sont en cause dans le présent*

²³⁶³ *Ibid.*

²³⁶⁴ *Ibid.*, par. 70. De l'avis de l'Organe d'appel, seul l'article 70:1 porte sur des circonstances "rétroactives" et les exclut d'une façon générale du champ d'application de l'Accord sur les ADPIC (*ibid.*).

²³⁶⁵ Par. 70 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R.

²³⁶⁶ *Ibid.*, par. 71. Sur le recours à l'article 28 de la Convention de Vienne, voir D. Palmeter & P. C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, July, 1998, vol.92, p. 409.

²³⁶⁷ Par. 72 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R.

*différend, même si ces brevets, et les droits qu'ils confèrent, résultent d'"actes qui ont été accomplis" avant la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour le Canada »*²³⁶⁸.

728. Appliquant ces éclaircissements aux cas d'espèce, l'Organe d'appel a confirmé les conclusions du Groupe spécial selon laquelle c'est bien l'article 70:2, et non l'article 70:1, de l'Accord sur les ADPIC qui s'applique aux inventions protégées par des brevets visés par l'ancienne loi parce que ces inventions sont des « *objets existant ... et qui sont protégées* » à la date d'application de l'Accord sur les ADPIC pour le Canada²³⁶⁹. Par conséquent, le Canada est tenu d'appliquer l'obligation d'offrir aux inventions brevetées existantes (visées par l'ancienne loi) une protection d'une durée de 20 ans au moins à compter de la date de dépôt de la demande, conformément aux dispositions de l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC²³⁷⁰.

C. Le système de boîte aux lettres

729. Comme évoqué précédemment, en ce qui concerne l'obligation de protéger les produits pharmaceutiques et les produits chimiques relatifs à l'agriculture, les pays en développement qui ne peuvent faire l'objet d'une telle protection sur leur territoire à la date d'application de l'accord, pouvaient différer en vertu des alinéas 2 et 4 de l'article 65 allant jusqu'au 1er janvier 2005. Toutefois, en échange de la dispense de l'octroi de brevet, ces pays doivent conformément à l'article 70:8 établir un système de « boîte aux lettres » pour recevoir

²³⁶⁸ *Ibid.*, L'Organe d'appel a trouvé confirmation de son interprétation dans le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 28, qui fait partie des travaux préparatoires de la Convention de Vienne, selon lequel « *si toutefois un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur d'un traité ou une situation qui est apparue avant cette date continue de se produire ou d'exister après l'entrée en vigueur du traité, il sera assujéti aux dispositions du traité. On ne peut enfreindre le principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à ce qui se produit ou qui existe alors que le traité est en vigueur, même si cela a commencé à une date antérieure* ». L'Organe d'appel s'est aussi référé aux explications plus approfondies du Rapporteur spécial. Selon ce dernier, « *l'idée essentielle (...) était qu'"on ne peut enfreindre le principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à ce qui se produit ou qui existe alors que le traité est en vigueur, même si cela a commencé à une date antérieure"*. En pareils cas, le traité ne s'applique pas, à strictement parler, à un fait, un acte ou une situation tombant en partie à l'intérieur et en partie à l'extérieur de la période durant laquelle il est en vigueur; il s'applique seulement au fait, à l'acte ou à la situation qui se produit ou qui existe après l'entrée en vigueur du traité. Il peut en résulter que des faits, des actes ou des situations antérieurs fassent l'objet d'un examen aux fins de l'application du traité mais cela est dû uniquement à leur relation causale avec les faits, les actes ou les situations ultérieurs, auxquels seul, en droit, le traité s'applique » (par. 73 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS170/AB/R). Le fait de s'appuyer sur l'article 28 de la Convention de Vienne et sur les commentaires de la Commission du droit international sur cette disposition souligne une fois de plus, comme le souligne le Professeur Hélène Ruiz Fabri, l'absence d'isolement clinique du droit de l'OMC (H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *op.cit.*, p. 926).

²³⁶⁹ Par. 102 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS 170/AB/R.

²³⁷⁰ *Ibid.*, par. 79 et 102.

et enregistrer les demandes de brevet pour ces produits à partir de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, c'est-à-dire à compter du 1^{er} janvier 1995²³⁷¹. Ce système de boîte aux lettres a été, à vrai dire, conçu comme une sauvegarde pour les titulaires des brevets pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture pharmaceutiques des pays développés pendant la période de transition des pays en développement concernés²³⁷². Ce système permettait à la demande de brevet de rester *neuve*, même si les années passent entre la date de l'enregistrement dans la boîte aux lettres et son examen²³⁷³.

730. Cependant, si l'alinéa a) de l'article 70.8 de l'Accord sur les ADPIC se borne à énoncer l'obligation de mettre en place « *un moyen de déposer des demandes de brevet pour de telles inventions* », il ne formule aucune précision quant à la nature du « moyen » requis par cet alinéa. À l'occasion de l'affaire *Inde – Brevets* (WT/DS50), le Groupe spécial et notamment l'Organe d'appel ont précisé la nature exacte du « moyen » prescrit par l'alinéa a) de l'article 70.8 de l'Accord sur les ADPIC²³⁷⁴.

731. À titre de rappel, dans cette affaire, l'Inde avait décidé initialement d'offrir un moyen de déposer des demandes pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture par la voie d'une ordonnance du Président afin de donner rapidement effet à l'Accord sur les ADPIC. Cette ordonnance devait permettre, entre autres, de déposer et de traiter les demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, comme l'exige l'article 70:8 ADPIC. Mais cette ordonnance, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, est devenue caduque le 26 mars 1995, en raison du fait que le droit constitutionnel indien prévoit que ce type de norme cesse d'être applicable six semaines après la reprise de la session parlementaire. De surcroît, le projet de loi de 1995 sur les brevets (présenté par l'administration indienne au Parlement), censé donner un effet législatif permanent aux dispositions de l'ordonnance, n'a cependant pas été adopté en raison de la dissolution du Parlement le 10 mai 1996. Devant cette situation, les autorités indiennes du pouvoir exécutif ont décidé, en avril 1995, de donner pour instruction aux offices de brevets du pays de continuer de recevoir les demandes de brevet pour les produits pharmaceutiques et

²³⁷¹ L'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC dispose que « *nonobstant les dispositions de la Partie VI relative aux dispositions transitoires* », le Membre concerné doit offrir, « *à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un moyen de déposer des demandes de brevet pour de telles inventions* ».

²³⁷² Z. Naigen, « Dispute Settlement Under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation », *op.cit.*, p. 218.

²³⁷³ Médecins Sans Frontières, *Les conséquences de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC en 2005 sur l'accès aux médicaments. Campagne d'Accès aux Médicaments Essentiels Médecins Sans Frontières*, 2005, p.2, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.msf.fr/sites/www.msf.fr/files/2005-02-01-came.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

²³⁷⁴ En ce sens, voir P. Arhel, « ADPIC et santé publique », *Petites affiches*, 19 mai 2009 n°99, p.8.

les produits chimiques pour l'agriculture et de les conserver séparément en vue de leur traitement dès l'entrée en vigueur de la modification de la législation indienne sur les brevets²³⁷⁵.

732. Les États-Unis (partie plaignante) alléguaient que la législation indienne devait être modifiée pour mettre à exécution les obligations de l'Inde au titre de l'article 70:8 et que la pratique administrative actuelle consistant à recevoir des demandes présentées selon le système de la boîte aux lettres n'était pas un « moyen » d'exécution valable²³⁷⁶. À cette allégation, l'Inde rétorquait que l'article 70:8 ne prescrit pas le choix d'une méthode d'exécution particulière²³⁷⁷. L'Inde affirmait avoir mis en place, par le biais d'« instructions administratives » un « moyen » compatible avec l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC²³⁷⁸. Selon elle, « l'article 70:8 a) exigeait que les Membres offrent "un moyen" de déposer des demandes; il ne prescrivait pas le choix d'une méthode particulière »²³⁷⁹. Elle poursuit son raisonnement en invoquant l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC selon lequel les Membres seront « libres de déterminer la méthode appropriée » pour mettre en œuvre les dispositions dudit accord « dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques ». De l'avis de l'Inde, d'après les articles premier et 70 de l'Accord sur les ADPIC, elle pouvait recourir aussi bien à la voie législative qu'à la voie administrative²³⁸⁰.

733. En somme, l'objet du différend relatif à l'article 70:8 n'était donc pas de savoir si oui ou non l'Inde avait un système de boîte aux lettres permettant de déposer des demandes pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture²³⁸¹. Ce système avait été établi en 1995 et avait été régulièrement et largement utilisé²³⁸². Le différend relatif à l'article 70:8 concernait plutôt la question de la base juridique offerte par le système de la boîte aux lettres instauré par l'Inde par le biais d'« instructions administratives »²³⁸³.

734. Dans son rapport, le Groupe spécial a effectivement cité l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC et a indiqué qu'il appartenait à l'Inde de choisir la façon de mettre à exécution ses obligations au titre de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. Il a même déclaré que le simple fait que l'Inde recourt à une pratique administrative pour recevoir les

²³⁷⁵ Voir *supra*, §507 et s.

²³⁷⁶ Par. 7.32 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS50/R.

²³⁷⁷ *Ibid.*

²³⁷⁸ *Ibid.* par. 4.2.

²³⁷⁹ *Ibid.* pages 7-8.

²³⁸⁰ *Ibid.*, page 8.

²³⁸¹ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 16 janvier 1998*, WT/DSB/M/40, 18 février 1998, p. 4.

²³⁸² *Ibid.*

²³⁸³ ORD, *Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 28 avril 1999*, WT/DSB/M/60, 21 juin 1999, p. 2.

demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres sans procéder à des modifications législatives ne constitue pas en soi un manquement à ses obligations au titre de l'alinéa a) de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC²³⁸⁴. Le Groupe spécial a également indiqué que la caducité de l'Ordonnance de 1994 sur les brevets (modification) qui avait été promulguée en vue expressément de respecter ces obligations, ne signifie pas automatiquement qu'il n'y a pas en Inde un "moyen" de déposer des demandes de brevets pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture²³⁸⁵. Toutefois, ces constatations ne vont pas dans le sens du raisonnement de l'Inde. Le Groupe spécial a, en effet, estimé que « l'article 70:8 a) exige que les Membres en question établissent un moyen qui non seulement permette de manière appropriée de déposer des demandes suivant le système de la boîte aux lettres et d'attribuer à ces demandes des dates de dépôt et de priorité, mais aussi offre une **base juridique solide** pour préserver la nouveauté et la priorité à compter de ces dates, **de manière à dissiper tout doute raisonnable** sur le point de savoir si les demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres et les brevets ultérieurement accordés sur la base de ces demandes pourraient être rejetés ou invalidés au motif que, à la date de dépôt ou de priorité, l'objet pour lequel la protection était demandée n'était pas brevetable dans le pays en question »²³⁸⁶.

735. En appel, l'Organe d'appel a souscrit à l'interprétation faite du Groupe spécial de l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC selon laquelle le système indien de boîte aux lettres nécessitait une base juridique solide²³⁸⁷. Mais, il a supprimé en partie l'interprétation selon laquelle l'Inde était tenue de « *dissiper tout doute raisonnable* » concernant la validité de son système de boîte aux lettres²³⁸⁸. Selon l'Organe d'appel, « l'Inde est obligée, au titre de l'article 70:8 a), d'établir un mécanisme juridique pour le dépôt de demandes suivant le système de la boîte aux lettres qui offre **une base juridique solide** permettant de préserver à la fois la nouveauté des inventions et la priorité des demandes à compter des dates de dépôt et

²³⁸⁴ Par. 7.33 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS50/R.

²³⁸⁵ *Ibid.*

²³⁸⁶ *Ibid.*, par. 7.31 (caractères gras ajoutés). À cet égard, il importe de préciser que pour examiner la nature des obligations mentionnées à l'alinéa a) de l'article 70:8, le Groupe spécial a appliqué scrupuleusement les règles de la Convention de Vienne en matière d'interprétation (*ibid.*, par.7.24-731).

²³⁸⁷ L'Organe d'appel a souscrit à l'analyse du Groupe spécial pour saisir le sens des termes de l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC (par. 55 à 57 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R).

²³⁸⁸ *Ibid.*, par. 58. Sur ce point, l'Inde a affirmé que le Groupe spécial a établi l'obligation additionnelle « *de créer la sécurité juridique permettant d'être certain que les demandes de brevet et les brevets ultérieurement accordés sur la base de ces demandes ne seront pas rejetés ou invalidés à l'avenir* ». Selon l'Inde, cela est une erreur juridique du Groupe spécial (*ibid.*, par. 51).

de priorité pertinentes. **Rien de plus** »²³⁸⁹. Pour autant, l'Organe d'appel n'a pas fait droit à l'argument avancé par l'Inde selon lequel ses « "instructions administratives" établissent un mécanisme qui offre une base juridique solide pour préserver la nouveauté des inventions et la priorité des demandes à compter des dates de dépôt et de priorité pertinentes conformément à l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC »²³⁹⁰. L'Organe d'appel a fait savoir, tout comme le Groupe spécial, qu'il n'était pas convaincu que « les "instructions administratives" de l'Inde prévaudraient sur les dispositions à caractère impératif contradictoires de la Loi sur les brevets »²³⁹¹ pas encore modifié. Selon lui, les instructions administratives de l'Inde ne résisteraient pas « à une action en justice au titre de la Loi sur les brevets »²³⁹². Pour ces raisons, l'Organe d'appel a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les « instructions administratives » utilisées par l'Inde pour recevoir les demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres sont incompatibles avec l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC²³⁹³.

D. Le principe du traitement national dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

736. L'Accord ADPIC prévoit l'obligation du traitement national à son article 3:1 qui dispose que « chaque Membre de l'OMC 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, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés [...] »²³⁹⁴. Des éclaircissements importants de cette disposition ont été apportés par les organes de règlement à l'occasion des affaires : *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) ; *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176) et, enfin, *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290).

²³⁸⁹ *Ibid.*, par. 58 (caractères gras ajoutés). Cela signifie que les Membres de l'OMC ne sont pas obligés de garantir que les demandes de brevets déposées dans la boîte aux lettres ne seront pas rejetées ou invalidées parce qu'antérieures à l'entrée en vigueur de toute législation, mais simplement d'établir un mécanisme juridique suivant le système de la boîte aux lettres. Sur ce point, voir le commentaire des Professeurs É. Canal-Forgues et Th. Flory (dir.), *GATT/OMC. Recueil des contentieux du 1^{er} janvier 1948 au 31 décembre 1999, op.cit.*, p. 761.

²³⁹⁰ Par. 70 et 60 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R.

²³⁹¹ *Ibid.*, par. 69.

²³⁹² *Ibid.*, par. 70.

²³⁹³ *Ibid.*, par. 71.

²³⁹⁴ Caractères gras ajoutés. La note de bas de page n°3 relative à cet article précise que cette protection s'étend aux questions « concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter ainsi qu'aux questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont traite expressément » l'Accord sur les ADPIC.

737. Le principe du traitement national est aussi énoncé à l'article III:4 du GATT de 1994²³⁹⁵, mais il diffère de celui défini à l'Accord sur les ADPIC, en ce sens que le traitement national selon le GATT s'applique aux « produits » alors que celui de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux « ressortissants »²³⁹⁶. Toutefois, en raison de la similitude de leur libellé, tant le Groupe spécial que l'Organe d'appel ont considéré dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176) que la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994 pouvait être utile pour interpréter l'obligation de traitement national énoncée à l'Accord sur les ADPIC²³⁹⁷. Il en irait notamment pour déterminer ce qui constitue une « *égalité effective des possibilités* » et « *l'idée maîtresse et l'effet essentiel* » de la mesure, auquel s'attache la disposition²³⁹⁸.

²³⁹⁵ Selon l'article III:4 du GATT de 1994, « *les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur* ».

²³⁹⁶ Cette différence a été réaffirmée par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176). Selon le Groupe spécial, « *les termes utilisés à l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC sont semblables à ceux qui figurent à l'article III:4 du GATT de 1994. Une différence majeure entre le principe du traitement national défini à l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC et celui qui est défini à l'article III:4 du GATT de 1994 est que le traitement national concerne le détenteur de droits de propriété intellectuelle dans le cas de l'article 3:1 tandis qu'il concerne les marchandises dans le cas de l'article III:4* » (rapport précité du Groupe spécial *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.129). Il en est de même dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), dans lesquelles, le Groupe spécial a indiqué que « *l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC combine des éléments du traitement national provenant des accords préexistants sur la propriété intellectuelle et du GATT de 1994. Comme les conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle, l'article 3:1 s'applique aux "ressortissants", et non aux produits. Comme le GATT de 1994, l'article 3:1 fait référence au traitement "non moins favorable", et non aux avantages ou droits que les lois accordent actuellement ou pourront accorder par la suite, mais il ne fait pas référence à la similarité* » (par. 7.131 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.181 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R).

²³⁹⁷ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.129 et le rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS176/AB/R, par. 242. La même approche a été adoptée par le Groupe spécial dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290). Selon ses termes, « *l'interprétation du critère traitement "non moins favorable" au titre d'autres accords visés peut être pertinente pour interpréter l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, compte tenu de son contexte dans chaque accord, y compris, en particulier, toutes différences découlant de son application à des produits similaires ou à des services et fournisseurs de services similaires, plutôt qu'à des ressortissants* » (par. 7.135 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.185 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R). À cet égard, il importe d'indiquer que dès sa première affaire relative à l'Accord sur les ADPIC *Inde — Brevets* (WT/DS50), le Groupe spécial a relevé que « *dès lors que l'Accord sur les ADPIC est un des Accords commerciaux multilatéraux, nous devons nous conformer à la jurisprudence établie dans le cadre du GATT de 1947 pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, à moins qu'il y ait une disposition contraire* » (par. 7.19 du rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des États-Unis*, WT/DS50/R). Pour une réflexion sur l'applicabilité de la jurisprudence GATT à l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, voir S. Frankel, "The applicability of GATT jurisprudence to the interpretation of the TRIPS Agreement", in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO*, Volume II, 2010, Edward Elgar, pp. 3-23.

²³⁹⁸ Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, op.cit., p. 205.

En effet, sur la base de la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT, le Groupe spécial a considéré dans le différend *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), que « *pour déterminer si les ressortissants des autres Membres sont traités "de façon moins favorable" que ceux du Membre concerné au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, le critère d'examen pertinent consiste à se demander si la mesure garantit l'égalité effective des possibilités à ces deux groupes en ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle* »²³⁹⁹. Un raisonnement que l'Organe d'appel n'a pas infirmé²⁴⁰⁰. Il en est de même pour le Groupe spécial chargé d'examiner les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), qui a jugé approprié (en prenant appui sur la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT) dans son examen du point de savoir si une mesure entraîne un "traitement moins favorable" au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, de se fonder sur « *l'idée maîtresse et l'effet essentiel de la mesure elle-même* »²⁴⁰¹. Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial a donc fondé son examen au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC sur l'idée maîtresse et l'effet essentiel du Règlement, y compris sur une analyse de ses termes et de ses conséquences pratiques²⁴⁰².

738. Dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114), le Groupe spécial a considéré que des allégations concernant une discrimination tant formelle que pratique sont possibles au titre de l'Accord sur les ADPIC²⁴⁰³. Selon lui, « *la*

²³⁹⁹ Rapport précité du Groupe spécial *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.131. Dans cette affaire, le Groupe spécial s'est référé à ce qu'avait énoncé le Groupe spécial du GATT dans l'affaire *États-Unis — Article 337*, à savoir le critère de l'« *égalité effective des possibilités* ». Le Groupe spécial du GATT a expressément considéré que l'expression "traitement non moins favorable" employée à l'article III:4 du GATT de 1947 imposait aux Membres d'assurer l'égalité en matière de conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux (rapport du Groupe spécial *États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 (États-Unis - Article 337)*, IBDD, S36/386, adopté le 7 novembre 1989, par. 5.11 cité dans le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, note de bas de page 142, et par. 8.130. Voir également par. 8.131, note de bas de page 143). Dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), le Groupe spécial a toutefois indiqué que « *la démonstration de l'existence d'un traitement moins favorable au titre de chaque accord demeure un exercice distinct puisque le traitement national au titre de l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC garantit l'égalité effective des possibilités pour les ressortissants en ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle, alors que le traitement national au titre du GATT de 1994 garantit l'égalité des conditions de concurrence entre les produits* » (7.206 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et paragraphe 7.242 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R).

²⁴⁰⁰ Voir le rapport précité de l'Organe d'appel *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, paragraphe 258.

²⁴⁰¹ Par. 7.136 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.186 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²⁴⁰² Par. 7.137 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS174/R et par. 7.187 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS290/R.

²⁴⁰³ Rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.100 à 7.105. Notons, toutefois, que dans cette affaire le Groupe spécial

*discrimination peut découler d'un traitement explicitement différent, c'est ce que l'on appelle parfois la "discrimination de jure", mais elle peut aussi découler d'un traitement en apparence identique qui, en raison de différences dans les circonstances, produit des effets défavorables à différents degrés, c'est ce que l'on appelle parfois la "discrimination de facto" »*²⁴⁰⁴. Le Groupe spécial chargé des affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), a considéré que ce raisonnement s'applique avec autant de force à la règle du traitement, non moins favorable, énoncée à l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC²⁴⁰⁵.

E. La protection du droit d'auteur et la censure publique

739. Dans le différend *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), un enseignement essentiel a été apporté par le Groupe spécial dans le domaine du droit d'auteur.

740. Dans cette affaire les États-Unis mettaient en cause, entre autres, la compatibilité de la Loi sur le droit d'auteur chinoise aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Ils contestaient « en tant que tel » en particulier l'article 4(1) de la Loi sur le droit d'auteur chinoise²⁴⁰⁶, qui dispose que « *les œuvres dont la publication et/ou la diffusion sont illégales ne sont pas protégées par la présente loi* »²⁴⁰⁷. Selon les États-Unis, cette disposition chinoise est incompatible avec l'article 5(1) de la Convention de Berne, tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui prévoit que « *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*

ne s'est pas aventuré à définir le terme « discrimination » utilisé à l'article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC. Il a considéré que ce terme « *doit être évité chaque fois qu'il existe des critères plus précis et, lorsqu'il est utilisé, il doit être interprété avec prudence et en prenant soin de ne pas être plus précis que ne l'est le concept lui-même. [...] Étant donné la gamme très étendue de questions que pourrait soulever la définition du mot « discrimination » figurant à l'article 27 :1 de l'Accord sur les ADPIC [...] il vaudrait mieux ne pas essayer de définir ce terme d'emblée* » (rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour un produit pharmaceutique*, WT/DS114/R, 17 mars 2000, par. 7.94 et 7.98). Cette réticence du Groupe spécial à définir le principe a généré l'ambiguïté juridique comme le souligne Dwijen Rangnekar. (D. Rangnekar, "Context and Ambiguity in the Making of Law: A Comment on Amending India's Patent Act", *The Journal of World Intellectual Property*, 2007, vol.10, issue 5, p. 366).

²⁴⁰⁴ Par. 7.94 du rapport précité du Groupe spécial WT/DS114/R. Sur ce point, voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 206.

²⁴⁰⁵ Paragraphe 7.175 du 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 et paragraphe 7.210 du rapport précité 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.

²⁴⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS362/R, par. 7.28.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, par. 7.1.

respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention »²⁴⁰⁸.

741. Toutefois, la Chine a soulevé un moyen de défense tiré de l'article 17 de la Convention de Berne de 1971, tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'accord sur les ADPIC²⁴⁰⁹, qui reconnaît le droit de « *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* »²⁴¹⁰. Plus précisément, la Chine a soutenu que tous les droits accordés aux auteurs par la Convention de Berne sont restreints par son article 17, qui ne codifie pas de manière exhaustive le droit souverain de censure et qui est rédigé en termes très larges²⁴¹¹. La Chine a aussi attiré 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* »²⁴¹².

742. Dans son examen de ce moyen de défense avancé par la Chine, le Groupe spécial reconnaît que 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 de certains droits sur une œuvre protégée. Mais, il n'admet pas, contrairement à la Chine, que la censure puisse éliminer complètement les droits d'auteur à l'égard d'une œuvre donnée²⁴¹³. La Chine avait tenté de convaincre le Groupe spécial que toutes les œuvres, y compris les œuvres censurées, bénéficiaient de « droit d'auteur », même si elles ne bénéficiaient pas de la « protection par le droit d'auteur »²⁴¹⁴. Cet argument a été rejeté à juste titre par le Groupe spécial en soulignant que « *c'est la protection de la loi qui constitue le droit d'auteur* »²⁴¹⁵. Le Groupe spécial a reproché par ailleurs à la Chine de ne

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, par. 7.104 et 7.105.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, par. 7.120.

²⁴¹⁰ *Ibid.*, par. 7.122.

²⁴¹¹ *Ibid.*, Par. 7.120.

²⁴¹² *Ibid.*, Par. 7.131.

²⁴¹³ Par. 7.132. Voir également Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2009) », *op.cit.*, p.671.

²⁴¹⁴ *Ibid.*, par. 7.21 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 7.63.

pas avoir expliqué pourquoi la censure faisait obstacle aux droits des détenteurs du droit d'auteur d'interdire aux tiers d'exploiter des œuvres prohibées²⁴¹⁶. La Chine a fait valoir que cette protection des droits patrimoniaux des détenteurs du droit d'auteur était rendue caduque par une interdiction publique²⁴¹⁷. C'est précisément, sur ce point-là que se trouve la rupture avec le Groupe spécial, pour qui « *le droit d'auteur et la censure publique concernent des droits et des intérêts différents* ». Il relève que « *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* »²⁴¹⁸.

743. Malgré ses multiples efforts, la Chine n'a pas pu convaincre que la censure publique rend inutile la défense des droits privés. Le Groupe spécial a noté que les affirmations de la Chine à cet égard, même si elles étaient pertinentes, ne sont pas, selon lui, étayées²⁴¹⁹. C'est ainsi, que le Groupe spécial a donné raison aux États-Unis et a conclu que, nonobstant les droits de la Chine reconnus à l'article 17 de la Convention de Berne, 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, tel qu'incorporé par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC²⁴²⁰.

F. Les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle

744. La partie III de l'Accord sur les ADPIC relative aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle a fait l'objet, pour la première fois, à l'occasion de l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362) d'une importante clarification de la part du Groupe spécial saisi de l'affaire²⁴²¹.

²⁴¹⁶ *Ibid.*, Par. 7.133.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, Par. 7.134.

²⁴¹⁸ *Ibid.*, Par. 7.135. Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2009) », *op.cit.*, p. 671.

²⁴¹⁹ Par. 7.137 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R.

²⁴²⁰ *Ibid.*, par. 7.139. Sur cet aspect du différend, voir H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *Journal du Droit International*, juillet-août - septembre, 2009, n°3, pp. 977-980 ; P. Arhel, « Propriété intellectuelle, Différend États-Unis-Chine concernant les droits de propriété intellectuelle », *op.cit.*, pp. 9-14. Pour une vision plus large sur ce différend concernant plus particulièrement la liberté d'expression et les droits de l'homme, voir T. Broude, "It's Easily Done: The China-Intellectual Property Rights Enforcement Dispute and the Freedom of Expression", *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, n° 5, pp. 660-673 ; P.K. Yu, "TRIPS Enforcement and Developing Countries", *American University International Law Review*, 2011, vol.26, n°3, pp. 739-743.

²⁴²¹ Pour plus de détails sur cette affaire, voir *supra*, 569 et s. Pour un commentaire sur cet aspect de la décision, voir P. K. Yu, "The U.S.–China Dispute over TRIPS Enforcement", *op.cit.*, pp.1-46 ; du même auteur, "TRIPS Enforcement and Developing Countries", *op.cit.*, pp. 727-739 ; J. Watal, "US–China Intellectual Property Dispute—A Comment on the Interpretation of the TRIPS Enforcement Provisions", *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, issue 5, p. 616 ; X. Li, "The Agreement on Trade-Related Aspects of

745. À titre de rappel, la plainte des États-Unis a porté, entres autres, sur deux allégations. La première portait sur les mesures prises par la Chine pour mettre hors circuit les marchandises saisies qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle, qui sont d'après les États-Unis incompatibles avec les obligations de la Chine au titre des articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC²⁴²² (1). La deuxième a trait 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, pour lesquels la Chine ne prévoit pas l'application de procédures et de peines pénales comme l'exige l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC²⁴²³ (2).

1. Les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC

746. S'agissant de la première allégation, les États-Unis mettaient en cause « en tant que telles » les mesures douanières appliquées par la Chine en vue de la mise hors circuit des marchandises contrefaites²⁴²⁴. Celles-ci prévoyaient que ces marchandises pouvaient être utilisées à des fins sociales. Lorsque le détenteur du droit de propriété intellectuelle entend les acheter, les douanes peuvent les lui attribuer moyennant compensation. Cependant, lorsque ces marchandises confisquées ne pouvaient pas être utilisées à des fins d'aide sociale et que le détenteur du droit de propriété intellectuelle n'avait pas l'intention de les acheter, les douanes pouvaient, 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 marchandises²⁴²⁵. Les États-Unis alléguaient 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 ADPIC²⁴²⁶. Ce dernier dispose en effet que « *les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte*

Intellectual Property Rights Flexibilities on Intellectual Property Enforcement: The World Trade Organization Panel Interpretation of China-Intellectual Property Enforcement of Criminal Measures and Its Implications”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, issue 5, pp. 640-65 ; K. Thomas, Ping Wang & Fanshu Yang “Recent WTO Disputes Involving the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights in China: Legal and Political Analysis”, *Briefing Series, The China Policy Institute*, August 2007, Issue 24, pp. 1-12 ; P. Arhel, « Propriété intellectuelle, Différend États-Unis-Chine concernant les droits de propriété intellectuelle », *op.cit.*, p.10-14 ; H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op.cit.*, pp. 980- 983 ; D. Gervais, “China--Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights”, *American Journal of International Law*, July 2009, vol.103, n°3, pp. 549-555.

²⁴²² par. 2.3, rapport précité du Groupe spécial, *Chine- Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R.

²⁴²³ *Ibid.*, par. 2.2 et 7.494.

²⁴²⁴ *Ibid.*, par. 7.212.

²⁴²⁵ *Ibid.*, par. 7.193.

²⁴²⁶ *Ibid.* par. 7.197.

à un droit, conformément aux principes énoncés à l'article 46. 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 ». Or, l'ordre séquentiel du processus chinois établit un « régime obligatoire », de sorte que les autorités douanières chinoises ne pouvaient exercer leur pouvoir discrétionnaire pour détruire les marchandises contrefaites, si elles peuvent avoir recours à l'un ou l'autre des trois moyens ci-mentionnés²⁴²⁷. Ce qui signifie que le pouvoir de destruction n'arrivait qu'en quatrième position²⁴²⁸.

747. Les États-Unis contestaient donc ce système chinois qui privilégie des moyens de disposition qui permettent selon eux l'introduction des marchandises contrefaites dans les circuits commerciaux ou, sinon, qui causent un préjudice au détenteur du droit²⁴²⁹. Selon eux, le *Don à des organismes d'aide social* pourrait causer un préjudice aux détenteurs des droits et aussi rien ne semble interdire à ces organismes de vendre les marchandises contrefaites données ; 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 consent pas²⁴³⁰.

748. En examinant cette allégation, le Groupe spécial a éclairci les divers termes employés dans l'article 59 et a conclu que « 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 »²⁴³¹. Le Groupe spécial a ajouté que les « termes de l'article 59 n'indiquent pas que l'habilitation à ordonner certains types de mesures correctives doive être exclusive »²⁴³². Le Groupe spécial a aussi relevé que l'article 59 renvoie aux principes énoncés à l'article 46²⁴³³. Selon lui, ce renvoi « est un renvoi aux termes qui énoncent une règle d'action pour les autorités en ce qui concerne les ordonnances de destruction ou de

²⁴²⁷ *Ibid.* Voir D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 435.

²⁴²⁸ En ce sens, H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op.cit.*, p. 981.

²⁴²⁹ *Ibid.*, par. 7.197.

²⁴³⁰ *Ibid.*

²⁴³¹ *Ibid.*, par. 7.238.

²⁴³² *Ibid.*, par. 7.240.

²⁴³³ *Ibid.*, par. 7.264.

mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit »²⁴³⁴. Il a estimé que les principes énoncés dans le texte de l'article 46 sont les suivants²⁴³⁵ :

- a) les autorités seront habilitées à ordonner la mise hors circuit ou la destruction conformément à la première phrase, « *sans dédommagement d'aucune sorte* » ;
- 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* » ;
- c) les autorités seront habilitées à ordonner que les marchandises soient détruites, « *à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes* » ;
- 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* » ;
- 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.

749. En examinant si le don à des organismes d'aide sociale représente bien une mise à l'écart des circuits commerciaux des marchandises contrefaites de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit, le Groupe spécial a fait remarquer qu'il ne disposait à cet égard d'aucun élément de preuve donnant à penser que les douanes donneraient à des organismes de charité des marchandises dangereuses ou défectueuses²⁴³⁶. Il a également écarté l'argument des États-Unis selon lequel de telles marchandises données pourraient facilement porter atteinte à la réputation du détenteur du droit quant à la qualité probablement inférieure de ces marchandises contrefaites ou piratées²⁴³⁷. Le Groupe spécial a relevé que 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 données, en dehors des circuits commerciaux, notamment dans le cadre d'opérations de secours en cas de catastrophes naturelles²⁴³⁸. Le Groupe spécial a considéré que les bénéficiaires ne choisissent pas les marchandises de la même manière que le feraient des consommateurs ordinaires, et il

²⁴³⁴ *Ibid.*, par. 7.265.

²⁴³⁵ *Ibid.*, par. 7.266-7.268.

²⁴³⁶ *Ibid.*, par. 7.291.

²⁴³⁷ *Ibid.*, par. 7.294.

²⁴³⁸ *Ibid.*, par. 7.297.

ne peut pas être présumé non plus que les bénéficiaires soient des consommateurs potentiels des marchandises authentiques²⁴³⁹.

750. Quant à l'allégation des États-Unis au sujet de la possibilité des organismes d'aide sociale de vendre les marchandises contrefaites données, ce qui a pour effet de les réintroduire dans les circuits commerciaux, le Groupe spécial a indiqué que 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 commerciaux²⁴⁴⁰. En revanche, il a estimé que 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 aient été écartées des circuits commerciaux, au sens ordinaire du mot « écartées »²⁴⁴¹. Selon le Groupe spécial, les autorités compétentes « *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* »²⁴⁴². De l'avis du Groupe spécial, la manière visée à la première phrase de l'article 46 selon lequel « *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* » 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 résultat²⁴⁴³. Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial a noté qu'un Mémoire de coopération conclu entre l'Administration chinoise des douanes et la Croix-Rouge envisage le don de marchandises contrefaites²⁴⁴⁴. Il a fait observer que les termes de cet arrangement, 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 vendues²⁴⁴⁵. De l'avis du Groupe spécial ces mesures, telles qu'elles sont libellées, « *montrent que les douanes sont responsables de la*

²⁴³⁹ *Ibid.*

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, par. 7.279.

²⁴⁴¹ *Ibid.*

²⁴⁴² *Ibid.*, par. 7.280.

²⁴⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴⁴ *Ibid.*, par. 7.300 et 7.304.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*, par. 7.304.

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 »²⁴⁴⁶.

751. Quant au troisième moyen de disposition prévu par les mesures en cause chinoises, à savoir *la vente aux enchères* après retrait de la marque portant atteinte à un droit, le Groupe spécial a estimé que ce moyen est incompatible 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 qui prévoit que « *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* »²⁴⁴⁷. En effet, le Groupe spécial a examiné la question de savoir si les ventes aux enchères, sans autre mesure que le retrait de la marque contrefaite, étaient permises au titre des « circonstances exceptionnelles » prévues au principe énoncé dans la quatrième phrase de l'article 46 précédemment indiquée²⁴⁴⁸. Il a estimé 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* »²⁴⁴⁹. Aussi, 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 » 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

²⁴⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, par. 7.393 et 7.394.

²⁴⁴⁸ Selon lequel, 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. Par. 7.268 et 7.386 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, par. 7.391. Le Groupe spécial admet qu'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. 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. 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, sinon l'exception pourrait devenir la règle, ou du moins quelque chose d'ordinaire (*ibid.*, par. 7.391).

de marque 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 efficace²⁴⁵⁰.

2. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC

752. Le différend *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362) a également porté sur les seuils à partir desquels la législation chinoise prévoit l'application de procédures et de sanctions pénales. Les États-Unis alléguaient que la Chine n'avait pas prévu l'application de procédures et sanctions pénales pour les actes délibérés de contrefaçon de marques 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 seuils²⁴⁵¹. Selon les États-Unis, ces seuils permettent à des catégories entières d'actes de contrefaçon et de piratage d'échapper au risque de poursuites et de condamnations pénales²⁴⁵² et sont donc contraires aux dispositions de l'article 61 selon lesquelles « *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* ».

753. Après un examen approfondi des mesures pénales chinoises contestées, le Groupe a effectivement constaté que « *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* »²⁴⁵³. Mais, pour déterminer si cette impunité est incompatible avec l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, il fallait pour le Groupe spécial évaluer 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 commerciale²⁴⁵⁴. À cet égard, le Groupe spécial a rejeté la définition de l'« échelle commerciale » suggérée par les États-Unis selon laquelle serait visée tout ce qui est « commercial », à l'exception de certaines activités négligeables ou *de minimis*²⁴⁵⁵. Pour le Groupe spécial, une « échelle commerciale » désigne plutôt l'ampleur ou l'importance d'activités commerciales, ordinaires ou

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, par. 7.392.

²⁴⁵¹ *Ibid.*, par. 2.2.

²⁴⁵² *Ibid.*, par. 7.494.

²⁴⁵³ *Ibid.*, par. 7.479.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*, par. 7.496.

²⁴⁵⁵ *Ibid.*, par. 7.551.

habituelles²⁴⁵⁶. Il s'en suit 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 petit²⁴⁵⁷. Le Groupe spécial a également indiqué que pour déterminer ce qui constituait une activité à « l'échelle commerciale », il fallait tenir compte de l'impact du progrès technologique, par exemple la technologie numérique et l'Internet, ainsi que l'évolution des pratiques de commercialisation²⁴⁵⁸. Appliquant cette interprétation au cas d'espèce et examinant les différentes preuves produites par les parties, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas établi que la Chine avait violé les dispositions de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC²⁴⁵⁹.

754. De ce qui précède, on peut dès lors constater qu'une jurisprudence au titre de l'ADPIC est en cours de construction.

Section 2 : Vers l'émergence d'une jurisprudence au titre de l'Accord sur les ADPIC

755. Bien que les Groupes spéciaux, l'Organe d'appel et même l'ORD ne constituent pas de véritable juridiction au sens propre du droit²⁴⁶⁰. Les spécialistes du droit de l'OMC²⁴⁶¹ et même certaines personnes travaillant pour l'Organisation²⁴⁶², ont tendance à

²⁴⁵⁶ *Ibid.*, par. 7.545.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*, par. 7.577. Le Groupe spécial ajoute que « l'ampleur ou l'importance d'une activité commerciale ordinaire ou habituelle est liée, à terme, à sa rentabilité » (*ibid.*). Voir également ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 mars 2009*, WT/DSB/M/266, 19 mai 2009, p.24, § 84.

²⁴⁵⁸ Pour résumer, le Groupe spécial avait suivi dans son analyse une approche qui prenait en considération le caractère dynamique du marché, en particulier dans l'environnement numérique. Voir ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 mars 2009*, WT/DSB/M/266, 19 mai 2009, p. 24, § 84.

²⁴⁵⁹ Par. 7.632 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS362/R.

²⁴⁶⁰ Sans vouloir ré-ouvrir ici le débat sur la qualification exacte des Groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et de l'ORD évoqué précédemment, il suffira de souligner que l'ensemble représente un élément majeur sur lequel repose la légitimité du système de règlement des différends de l'OMC et, par essence, de l'OMC.

²⁴⁶¹ B. Stern et H. Ruiz Fabri (ed.), *La jurisprudence de l'OMC/ The Case Law of the WTO 1996-1997*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2004, 354 p ; Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *op.cit.*, p. 604.

²⁴⁶² P. Sutherland, J. Bhagwati et ali., *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, *op.cit.*, p. 61. Le Groupe spécial a même utilisé cette expression « jurisprudence de l'OMC » dans son rapport sur l'affaire *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie*, WT/DS312/R, adopté le 28 novembre 2005, par. 7.268.

appeler les décisions de l'ORD ou plus exactement le produit qui émerge des rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, de « jurisprudence²⁴⁶³ de l'OMC ».

756. Les affaires relatives aux ADPIC dont les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu à connaître sont certes peu nombreuses, mais il faut reconnaître que ces derniers à travers le petit nombre de différends qu'ils ont résolu, ont réussi à clarifier une part non négligeable des règles complexes qui régissent ledit accord (§1). Des raisonnements interprétatifs²⁴⁶⁴ ont même été identifiés concernant plusieurs questions cruciales relatives à l'Accord sur les ADPIC au point qu'on parle déjà de « jurisprudence ADPIC »²⁴⁶⁵.

757. Ce constat conduit inévitablement à se demander si les points clés d'interprétation et raisonnements contenus déjà dans les rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC seront suivis par les Groupes spéciaux ultérieurs et par l'Organe d'appel lorsqu'ils auront à traiter de questions juridiques analogues. La réponse à cette question est essentiellement liée à une autre question plus générale, celle de savoir si les précédents rapports des Groupes spéciaux (GATT/OMC) et de l'Organe d'appel ont ou non une valeur obligatoire à l'égard des futurs Groupes

²⁴⁶³ Le vocable « jurisprudence » a plusieurs sens. Dans un sens quasi inusité aujourd'hui, le vocable jurisprudence veut dire « science du droit » (H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, V° Jurisprudence, 1931 cité par F. Zenati, *La jurisprudence, Méthodes du droit*, Paris, Dalloz, 1996, p. 82). Pour le Professeur Frédéric Zenati, le principal sens du mot jurisprudence est aujourd'hui : « règle de droit d'origine juridictionnelle, précédent » (F. Zenati, *La jurisprudence, Méthodes du droit, op.cit.*, p.82). Dans un sens anthropomorphique désormais le plus répondu, la jurisprudence personnifie la stratégie des tribunaux à propos de l'interprétation et de l'application des règles juridiques (A. Oraison, « Réflexion sur « l'Organe judiciaire principal des Nations Unies ». (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice) », *Revue Belge de Droit International*, 1995, n°2, p. 400). D'un point de vue d'un philosophe de droit, la signification principale et profonde du concept de « jurisprudence », est synonyme de « méthode du droit, orientée vers les valeurs juridiques, et dont l'essence est philosophique » (C. Grzegorzczuk, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, tome 30, p. 35). Par ailleurs, certains auteurs, comme le professeur E. Jouannet, distinguent entre la jurisprudence, au sens formel d'un ensemble de décisions, et la jurisprudence, au sens matériel comme produit de cet ensemble de décision (E. Jouannet, « La notion de jurisprudence internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Société Française pour le Droit International, colloque de Lille, Paris, Pédone, 2003, p. 352). Cette même distinction est aussi opérée dans le dictionnaire Petit Robert. Ce dernier définit la jurisprudence comme un « ensemble des décisions des juridictions sur une matière » et comme un « ensemble des principes qui s'en dégagent » (Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008, Le Robert, 2008 p. 1403).

²⁴⁶⁴ En effet, toute interprétation est, par essence, œuvre de raisonnement. Voir G. Pambou Tchivounda, « Le droit international de l'interprétation des traités à l'épreuve de la jurisprudence. (Réflexion à partir de la sentence rendue le 15 février 1985 par le tribunal arbitral pour la délimitation de la frontière maritime entre Guinée et la Guinée-Bissau) », *Journal du Droit International*, Juillet-août-septembre, 1986, n°3, p. 646. Comme le note le Professeur Charles De Visscher, « l'interprétation ouvre un champ fertile à l'observation des démarches du raisonnement humain » (Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, op.cit.*, p. 12).

²⁴⁶⁵ Voir D. Williams, "Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond", *op.cit.*, pp181-184 ; F. Abbott, *Dispute Settlement. World trade Organization.3.14 TRIPS, op.cit.*, p. 43. Antony Taubman l'écrit à cette égard: "a highly distinctive feature of trips law and practice in the formal dispute settlement process of the WTO. This system subjects the main legal texts of international IP law to far closer scrutiny than ever before, producing case law or "jurisprudence" of unprecedented detail and precision in the international IP Law" (A. Taubman, *A Practical Guide to Working with TRIPS*, Oxford, University Press, 2011, p. 20).

spéciaux et de l'Organe d'appel. Pour le savoir, on est amené à s'interroger sur l'autorité exacte qui s'attache aux précédents rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le cadre de l'OMC et, par voie de conséquence, dans le domaine des ADPIC (§2).

§1. La contribution non négligeable des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC

758. On ne peut aujourd'hui ignorer la contribution importante des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel quant à la clarification de l'Accord sur les ADPIC (B). Ces derniers ont, en effet, réussi à partir de la mission de clarification qui leur est reconnue, malgré sa complexité, à donner des lignes d'interprétations à de nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC (A).

A. Une mission de clarification extrêmement complexe

759. Il serait excessif de dire que la tâche de clarification ou plutôt d'interprétation dans le cadre du règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC est facile. Elle est, au contraire, des plus difficiles en raison des particularités de cet accord. L'Accord sur les ADPIC présente, en effet, certaines caractéristiques qui le singularisent parmi les différents Accords de l'OMC²⁴⁶⁶.

760. En premier lieu, l'accord est unique du fait qu'il est conçu sur la base des dispositions des conventions de propriété intellectuelle adoptées en dehors du cadre de l'OMC, en l'occurrence l'OMPI. On songe ici à la Convention de Paris, la Convention de Berne, la Convention de Rome et le Traité de Washington. Cette structure particulière ne pouvait bien évidemment que rendre très difficile la tâche des organes de règlement des différends dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC. D'autant plus que l'Accord sur les ADPIC ne déroge en rien aux obligations que les États Membres assument au titre des conventions auxquelles l'accord renvoie²⁴⁶⁷. Plusieurs Membres de l'OMC sont d'ailleurs également Membres de ces conventions. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC

²⁴⁶⁶ Voir L.R. Helfer, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy", *Harvard International Law Journal*, Spring 1998, vol.39, n°2, pp. 359-387. En ligne à l'adresse suivante : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2648&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).

²⁴⁶⁷ L'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC.

devaient donc donner des interprétations qui évitent tout conflit à l'intérieur du cadre multilatéral des droits de propriété intellectuelle. L'enjeu est de taille car le souci de cohérence²⁴⁶⁸ entre le cadre normatif de l'OMPI et celui de l'OMC, en l'occurrence l'Accord sur les ADPIC, doit prévaloir afin d'aboutir à des solutions cohérentes et par conséquent plus efficaces²⁴⁶⁹ (1).

761. En deuxième lieu, à la différence du GATT et de l'AGCS qui traitent respectivement des marchandises et des services, l'Accord sur les ADPIC impose un certain nombre de normes minimales de protection de droits de propriété intellectuelle. L'Accord sur les ADPIC est même à cet égard l'un des plus substantiels du système juridique de l'OMC²⁴⁷⁰. Par ailleurs, il est aussi l'un des résultats les plus controversés de l'Uruguay Round²⁴⁷¹. D'ailleurs, certaines de ses dispositions ne pouvaient rallier le consensus que par une certaine « ambiguïté constructive » ou une formulation générale permettant aux principaux pays négociateurs d'y trouver leur compte²⁴⁷². Il n'apparaît donc pas véritablement surprenant que certaines des dispositions de l'Accord sur les ADPIC se prêtent à différentes interprétations²⁴⁷³. Le contentieux des ADPIC, examiné précédemment, en est une illustration. En effet, les différends entre Membres découlaient, en majorité des lectures différentes, voire contradictoires, de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

Dans le cadre du règlement des différends relatifs aux ADPIC, l'enjeu est de donner le sens et la portée de nombreuses dispositions générales et ambiguës de l'Accord sur les ADPIC sans jamais accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres énoncés dans l'accord²⁴⁷⁴. Dans l'exercice de leur fonction, les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel doivent donc être prudents lors du règlement des différends portant sur le domaine des ADPIC

²⁴⁶⁸ La notion de cohérence a d'abord une signification logique qui répond au principe de non contradiction. Une interprétation est donc cohérente si elle ne se contredit pas et incohérente si elle se contredit. En ce sens, E. Maulin, « cohérence et ordre juridique », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007, Université Robert Schuman, Presse Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 11.

²⁴⁶⁹ B. Grellon, « Regard juridique sur la hiérarchie des normes », in *Gouvernance mondiale*, Rapport de synthèse Pierre Jacquet, Jean Pisani-Ferry et Laurence Tubiana, présenté le 13 septembre 2001, Conseil d'analyse économique, p. 346. Disponible en ligne: <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/037.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

²⁴⁷⁰ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629.

²⁴⁷¹ *Ibid.*, p.649. Voir également P. K. Yu, "The objectives and principles of the TRIPS Agreement", *op.cit.*, p. 146.

²⁴⁷² T.-L. Tran Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC:un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 142. Bien évidemment, comme le souligne Pierre Arhel, les négociateurs du Cycle d'Uruguay en étaient conscients mais ont accepté d'en payer le prix pour parvenir à un accord (P. Arhel, « ADPIC et santé publique », *op.cit.*, p.7).

²⁴⁷³ P. Arhel, « ADPIC et santé publique», *op.cit.*, p.7.

²⁴⁷⁴ Les articles 3:2 et 19: 2 du Mémoire d'accord.

et veiller à ce que toute approche interprétative qu'ils pourraient appliquer respecte l'équilibre de l'acquis négocié des droits et obligations des Membres (2).

1. La recherche de cohérence avec le cadre normatif des conventions administrées par l'OMPI

762. Aux termes de l'article 2:2 l'Accord sur les ADPIC « aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés ». L'Accord sur les ADPIC ne déroge donc en rien aux obligations que les États Membres assument au titre des conventions auxquelles son corpus se construit. D'ailleurs, plusieurs Membres de l'OMC sont également parties de ces conventions. Le grand défi des organes de règlement des différends est de donner des interprétations qui évitent des conflits à l'intérieur du cadre multilatéral de la protection des droits de propriété intellectuelle. La coexistence harmonieuse entre les textes des conventions internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle régies par l'OMPI et l'Accord sur les ADPIC devait prévaloir afin d'aboutir à des solutions cohérentes. C'est justement ce à quoi se sont attachés les organes de règlement à l'occasion des différends dont ils ont été saisis, avec d'ailleurs un certain succès.

763. En effet, les organes chargés du règlement des différends ont toujours veillé dans la mesure du possible à assurer la cohérence et l'harmonie dans l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC avec celles des conventions auxquelles l'accord renvoie. Par exemple, dans l'affaire *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques* (WT/DS114) le Groupe spécial a utilisé l'exception au droit du détenteur d'un droit d'auteur figurant dans l'article 9:2 de la Convention de Berne pour interpréter l'exception contenue dans l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC portant sur le droit des brevets. Certes, l'exploitation normale d'un brevet et d'un droit d'auteur recouvrent des réalités totalement différentes mais le Groupe spécial savait que le texte de l'article 30 avait des antécédents dans le texte de l'article 9 2) de la Convention de Berne²⁴⁷⁵. Dans cette affaire, le Groupe spécial a même déclaré que l'interprétation pouvait aller au-delà de l'historique de la négociation de

²⁴⁷⁵ Rapport précité du Groupe spécial *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.14, 7.29 et 771. Voir O. Cattaneo "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, pp. 640. Sur le rôle des Conventions de l'OMPI dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, voir G. B. Dinwoodie and R. C. Dreyfuss, "Enhancing Global Innovation Policy: the Role of WIPO and its Conventions in Interpreting the TRIPS Agreement", *op.cit.*, pp. 117-130.

l'Accord sur les ADPIC à proprement dit et inclure aussi celui des conventions auxquelles il est expressément fait référence dans l'Accord sur les ADPIC, comme la Convention de Berne²⁴⁷⁶. Ou encore dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), le Groupe spécial a insisté sur « *la nécessité d'interpréter la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC d'une manière qui concilie les textes de ces deux traités et évite qu'il y ait un conflit entre eux, étant donné qu'ils constituent le cadre général de la protection multilatérale du droit d'auteur* »²⁴⁷⁷. Il a indiqué que le même principe devrait également s'appliquer au rapport entre l'Accord sur les ADPIC et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) qui a été conclu à l'unanimité sous les auspices de l'OMPI en décembre 1996²⁴⁷⁸, soit une année après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC²⁴⁷⁹. Selon le Groupe spécial, « *le WCT est conçu pour être compatible avec ce cadre, incorporant ou utilisant une grande partie des termes de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC [...]. Il est pertinent de rechercher des indications contextuelles également dans le WCT au moment de donner des interprétations qui évitent les conflits à l'intérieur de ce cadre général, sauf lorsque ces traités énoncent explicitement des obligations différentes* »²⁴⁸⁰.

764. Par ailleurs, il est intéressant d'observer l'intérêt affiché des Groupes spéciaux de vouloir comprendre parfaitement les dispositions pertinentes des Conventions de Paris ou de Berne auxquelles l'Accord sur l'ADPIC fait référence lorsque les questions litigieuses se rapportent aux dispositions de ces conventions. Ceci s'aperçoit sur plusieurs points.

765. En premier lieu, force est de constater qu'à chaque fois qu'un différend comprend des allégations de violations relevant des dispositions des Conventions de Paris ou de Berne auxquelles l'Accord sur l'ADPIC renvoie, les Groupes spéciaux ont toujours,

²⁴⁷⁶ Rapport précité du Groupe spécial, *Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, par. 7.15 et 7.70.

²⁴⁷⁷ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.70. Le Groupe spécial a indiqué qu'« *il faudrait éviter d'interpréter l'Accord sur les ADPIC comme signifiant autre chose que la Convention de Berne sauf lorsque cela est explicitement prévu* » (*ibid.*, par. 6.66).

²⁴⁷⁸ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), adopté le 20 décembre 1996 à une conférence diplomatique organisée sous les auspices de l'OMPI.

²⁴⁷⁹ Par. 6.70 du Rapport précité du Groupe spécial, WT/DS160/R.

²⁴⁸⁰ *Ibid.* Ce passage montre que le Groupe spécial est réceptif aux évolutions du droit international en matière de droits d'auteur. Selon certains auteurs, cette approche est significative de la manière de traiter les textes conclus en matière de propriété intellectuelle en dehors de l'OMC (V. Hrbatá, "No International Organization is an Island . . . the WTO's Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?", *op.cit.*, pp. 18 et 29). Toutefois, dans cette affaire, le Groupe spécial n'a pas pour autant considéré le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (fait nouveau survenu ultérieurement) comme constituant un traité ultérieur au sujet de l'interprétation d'un traité, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31.3) de la Convention de Vienne. De l'avis du Groupe spécial, ce Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur présente un intérêt assez limité au vu des règles générales d'interprétation telles qu'elles sont consacrées par la Convention de Vienne (rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.69).

conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord, demandé des renseignements à leur propos concernant les dispositions pertinentes pour les différends en question, au Bureau international de l'OMPI qui régit ces conventions. Tel fut le cas dans les différends : *États-Unis — Article 110 5), Lois sur le droit d'auteur (WT/DS160)* ; *Communautés européennes — Marques et indications géographiques (WT/DS174 et WT/DS290)* ; *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*" (WT/DS176) ; *Chine — Droits de propriété intellectuelle (WT/DS362)*²⁴⁸¹. Le Bureau international de l'OMPI, à chaque fois qu'il a été sollicité, a toujours coopéré et transmis les informations demandées aux Groupes spéciaux²⁴⁸². Ces affaires sont une belle preuve de coopération entre les deux organisations OMC et OMPI en matière de règlement des différends²⁴⁸³. Alors, qu'au départ, les relations entre les deux institutions de Genève, ont été pronostiquées par de nombreux auteurs comme inéluctablement conflictuelles, ou tout du moins difficiles²⁴⁸⁴. Mais, rien de cela n'est arrivé. Les Groupes spéciaux auraient pu, en effet, ne pas demander des renseignements au Bureau international de l'OMPI et faire la plupart de ces recherches eux-mêmes²⁴⁸⁵, mais le fait qu'ils aient opté pour cette voie formelle illustre les bonnes relations entre l'OMC et l'OMPI²⁴⁸⁶. Certains auteurs, tels que Veronika Hrbatá, pensent que les deux organisations se complètent : *“the WIPO offers detailed intellectual property rules, whilst the WTO supplements this with effective dispute settlement”*²⁴⁸⁷.

766. En deuxième lieu, à la lecture des rapports des Groupes spéciaux, il est intéressant d'observer l'utilisation de la publication de l'OMPI qui sert d'appui à

²⁴⁸¹ Voir *supra*, §248.

²⁴⁸² *Ibid.*

²⁴⁸³ Sur la coopération entre l'OMPI et l'OMC voir *supra* § 10.

²⁴⁸⁴ J.-L. Pereau, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *op.cit.*, p. 50 ; B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », *op.cit.*, p. 149.

²⁴⁸⁵ En effet, cette faculté de demander des renseignements n'est pas obligatoire. Le Groupe spécial n'est pas non plus obligé de les prendre en compte, il est en droit de les tenir à l'écart, notamment si les finalités ne sont pas propres à l'OMC. Voir Ruth Okediji, “WIPO -WTO Relations and the Future of Global Intellectual Property Norms”, *op.cit.*, p. 47. Voir *supra*, § 277.

²⁴⁸⁶ J. Pauwelyn, “The Dog that Barked but Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO”, *op.cit.*, p. 415.

²⁴⁸⁷ V. Hrbatá, “No International Organization is an Island . . . the WTO's Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?”, *op.cit.*, p.1. Pour autant, on pense que si la relation est bonne entre l'OMC et l'OMPI, c'est parce que cette dernière ne dispose pas de son propre système de règlement des différends relatifs à la propriété intellectuelle entre États. Des difficultés auraient sûrement surgi si l'OMPI avait réussi à mettre sur pied son propre système de règlement des différends. Ce système pourrait, en effet, faire double emploi avec celui de l'OMC. Les États, à la fois parties de l'Union de Berne ou de Paris, par exemple, et Membres de l'OMC, peuvent ainsi pratiquer le forum shopping en choisissant, selon les cas, le système qui leur paraît le plus favorable à leurs intérêts. Il n'est pas exclu en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la Convention de Berne ou de Paris que des divergences d'interprétation apparaissent dans les deux forums. Voir *supra*, § 10.

l'interprétation des dispositions pertinentes des Conventions de Berne et de Paris auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie ; tels que le *Guide de la Convention de Berne*²⁴⁸⁸ ou l'*Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*²⁴⁸⁹ ou encore l'*Introduction au droit et à la pratique en matière de marques, notions fondamentales, Manuel de formation de l'OMPI* et le *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*²⁴⁹⁰.

767. En troisième lieu, il est également intéressant de remarquer la présence de la doctrine spécialisée en matière de la propriété intellectuelle dans le raisonnement des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, notamment quand la question litigieuse concerne une disposition des Conventions de Paris ou de Berne auxquelles l'Accord sur les ADPIC fait référence²⁴⁹¹. À titre d'exemple, dans les affaires *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290), le Groupe spécial a puisé, à plusieurs reprises, des renseignements dans l'ouvrage du Professeur G.H.C. Bodenhausen intitulé « *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* »²⁴⁹². Aussi, dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176), afin de soutenir sa position, l'Organe d'appel s'est référé aux ouvrages de Bodenhausen, *Guide d'application de la*

²⁴⁸⁸ Dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, (WT/DS160), le Groupe spécial cite à plusieurs reprises dans sa démonstration le *Guide de la Convention de Berne*, publié par l'OMPI en 1978. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.22 (note 33), par.6.27 (note36), par. 6.84 (note 102), 6.131 (note 133) et par. 6.229 (note 205).

²⁴⁸⁹ Dans l'affaire *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (WT/DS170), l'Organe d'appel a utilisé, dans sa démonstration, le traité édité par l'OMPI intitulé : *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*, Kluwer Law International Ltd., 1997. Voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, par. 54, note de bas de page 40.

²⁴⁹⁰ Il en est ainsi, dans l'affaire *Communautés européennes — Marques et indications géographiques* (WT/DS174). Voir le rapport précité 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, par. 7.611, note de bas de pages 557 et le rapport précité 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, par. 7.611, note de bas de pages 557.

²⁴⁹¹ Dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), le Groupe spécial a clairement indiqué que « nous sommes prêts à tenir compte de "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". Nous nous référons à ce membre de phrase au sens de l'article 38 d) du Statut de la Cour internationale de Justice qui fait état de cette "doctrine" (...) comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" ». Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.111, note de bas de page n°114. Pour étude plus approfondie sur la question, voir E. De Brabandere, « La doctrine en tant que source de droit et l'OMC », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 215 et 219.

²⁴⁹² 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, notes de bas de pages n°66, n°178, n°210. C'est un « grand commentateur de la Convention de Paris » selon les mots du Groupe spécial. N'hésitant pas à citer un long passage de son ouvrage pour expliquer la pratique au titre de ladite convention en rapport avec la question dont il est saisi (*ibid.*, par. 7.146).

*Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*²⁴⁹³ et de Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement - Drafting History and Analysis*²⁴⁹⁴. Il en est de même dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160) dans laquelle le Groupe spécial a puisé son raisonnement relatif à la doctrine des exceptions mineures dans l'ouvrage du Professeur Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*²⁴⁹⁵. Aussi, dans l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362), le Groupe spécial a cité les ouvrages de Ricketson S (*The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*), Ricketson S. et Ginsburg J.C. (*International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*) et de Masouyé C. (*Guide de la Convention de Berne*)²⁴⁹⁶.

768. Ces différents exemples d'affaires montrent clairement le souci des Groupes spéciaux de vouloir assurer la cohérence et l'harmonie dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC avec le dispositif normatif de l'OMPI auquel l'accord fait référence. Toutefois, il est important de souligner que la cohérence et l'harmonie recherchées dans l'interprétation, ne veulent pas dire l'uniformité dans l'interprétation. L'Accord sur les ADPIC et les conventions administrées par l'OMPI (notamment les Conventions de Paris et de Berne) ont des objectifs différents. En effet, l'Accord sur les ADPIC met l'accent en grande partie sur les liens étroits entre le commerce et la propriété intellectuelle, alors que dans les conventions administrées par l'OMPI, l'accent est porté seulement sur la propriété intellectuelle²⁴⁹⁷. À ce titre, les dispositions des Conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, et notamment celles de la Convention de Berne, seraient différemment interprétées, puisqu'elles seront

²⁴⁹³ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, note de bas de page 81 et 91. Cet auteur a aussi été cité par le Groupe spécial (voir le rapport précité WT/DS176/R, par. 8.82, note de bas de page n°124).

²⁴⁹⁴ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 186, note de bas de page n°122.

²⁴⁹⁵ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, notes de bas de pages n°58, n°64, n°73, n°74 et n°114. Toutefois, dans cette affaire, bien que le Groupe spécial se soit dit prêt à prendre en compte la doctrine spécialisée dans le droit d'auteur, il reste cependant prudent dans son utilisation lorsqu'il s'agit de l'interprétation énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Cette prudence trouve son explication dans le fait que le texte de l'article 9. 2) de la Convention de Berne a servi de modèle pour l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC relatif à des exceptions. En effet, l'article 13 est une copie presque exacte de l'article 9. 2) de la Convention de Berne. Toutefois, le premier vise uniquement le droit de reproduction tandis que le deuxième généralise à tous les droits exclusifs. Pour cette raison, le Groupe spécial indique : « nous sommes prudents lorsqu'il s'agit d'utiliser l'interprétation d'un terme donnée dans le contexte d'une exception relative au droit de reproduction pour interpréter les mêmes termes dans le contexte d'une exception en grande partie libellée de la même façon concernant d'autres droits exclusifs conférés par le droit d'auteur » (*ibid*, note de bas de page n°114).

²⁴⁹⁶ Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R, notes de bas de pages n°112, 126 à 128).

²⁴⁹⁷ D. Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, *op.cit.*, p. 181.

mesurées dans le contexte de l'OMC²⁴⁹⁸. En effet, comme évoqué précédemment, l'Accord sur les ADPIC ne se contente pas seulement de renvoyer aux dispositions importantes de la Convention de Berne, mais modifie et complète aussi ce corpus au point qu'il change complètement le sens du droit d'auteur tel qu'il est conçu par la Convention de Berne²⁴⁹⁹. En somme, la dimension commerciale exercera une influence déterminante sur les normes intégrées dans l'Accord sur les ADPIC²⁵⁰⁰. On en veut pour illustration, l'affaire *États-Unis — Article 110 5, Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160). En effet, bien que le Groupe spécial se soit basé sur les travaux préparatoires de la Convention de Berne pour interpréter l'article 9 (2) de la convention, sur lequel la rédaction de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC était fondée, il a pourtant adopté une approche économique axée sur le marché pour évaluer le préjudice subi par le titulaire du droit d'auteur²⁵⁰¹.

2. Le respect de l'équilibre de l'acquis négocié des droits et obligations des Membres

769. L'un des objectifs du système de règlement des différends est le maintien de l'équilibre de l'acquis négocié. Ainsi que le Mémoire d'accord le rappelle à son article 3:2, ce système a pour objet de « *préserver les droits et obligations résultant pour les membres des accords visés* ». Ainsi, lors du règlement des différends, les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel doivent veiller à ce que toute approche interprétative qu'ils pourraient appliquer n'entraîne ni augmentation, ni réduction des droits et obligations des Membres au titre des Accords de l'OMC, comme l'exigent les articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord. Si ce principe, en vertu duquel l'interprétation ne saurait augmenter

²⁴⁹⁸ Y. Gaubiac, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 31. Pour Neil W. Netanel, les dispositions de la Convention de Berne qui sont intégrées par renvoi à l'Accord sur les ADPIC devrait être interprétées dans le contexte de cet accord, et non pas dans le contexte de la Convention de Berne en soi. En somme, pour reprendre l'expression de l'auteur « *berne qua berne C. Berne qua TRIPS* » (N.W. Netanel, "The Next Tound: the Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement", *op.cit.*, p. 451).

²⁴⁹⁹ Une philosophie différente inspire les deux textes. La Convention de Berne protège le droit moral alors que l'Accord sur les ADPIC l'exclut de son domaine. Aussi, la Convention de Berne concerne les auteurs personnes physiques (la conception de l'auteur, créateur personne physique, est inhérente à la Convention de Berne), alors que, dans l'Accord sur les ADPIC, les personnes morales sont titulaires de droits. Voir de manière générale, Y. Gaubiac, « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *op.cit.*, pp. 16 et 19.

²⁵⁰⁰ Y. Gaubiac, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, p. 33.

²⁵⁰¹ Voir *supra*, §702 et s.

ou diminuer les droits et obligations des Membres, conduit déjà à une approche prudente, cela vaut encore plus dans le cas de l'Accord sur les ADPIC.

770. En effet, comme évoqué précédemment, l'Accord sur les ADPIC contient certaines dispositions formulées dans des termes généraux et forts ambigus²⁵⁰². Elles pourront donc être sujettes à des interprétations divergentes²⁵⁰³. Autrement dit, chaque Membre de l'OMC pourrait en effet interpréter les dispositions concernées dans le sens qui l'arrange²⁵⁰⁴. Les divergences d'interprétation pourraient être si vive lorsqu'elles portent plus particulièrement sur les flexibilités permises par l'Accord sur les ADPIC²⁵⁰⁵, notamment entre les pays en développement et les pays développés, compte tenu de leurs intérêts divergents vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle²⁵⁰⁶. Alors que les premiers seraient tentés d'interpréter leurs obligations de manière restrictive et, par la même, d'interpréter de manière extensive les exceptions contenues dans l'accord²⁵⁰⁷, les deuxièmes essayeront d'élargir au maximum les droits et à réduire au maximum le champ d'application de ces exceptions²⁵⁰⁸. Ceci n'est d'ailleurs pas surprenant car, comme on l'a largement développé précédemment,

²⁵⁰² Comme l'écrit le Professeur Christopher Arup, "(...) *TRIPS is the most emphatic of the WTO agreements, it has its share of gaps, generalities, ambiguities, allowances, irresolutions and postponements*" (C. Arup, "TRIPS as competitive and cooperative interpretation", *op.cit.*, p. 7).

²⁵⁰³ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629.

²⁵⁰⁴ Dans le domaine particulier des brevets, par exemple, l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que pour être brevetable, une invention doit être « nouvelle », implique une « activité inventive » et « susceptible d'application industrielle ». Or, ces conditions ne sont pas définies dans l'accord. Chaque Membre peut donc définir ces concepts comme il l'entend (voir J. Watal, "The TRIPS Agreement and Developing Countries. Strong, Weak or Balanced Protection?", *op.cit.*, pp. 289-290). Aussi, l'article 27: 2 de l'Accord sur les ADPIC invoque le concept vague de l'« ordre public ». Il prévoit en effet que « *les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public [...], à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation* ». Ce concept de l'« ordre public » n'est pas défini par l'accord. Il pourrait donc être interprété différemment dans chaque pays Membre de l'OMC (voir O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p. 132). Aussi, l'appréciation de la conformité de l'application des moyens de faire respecter les droits de la propriété intellectuelle comme l'exige la Partie III de l'ADPIC devrait être examinée selon les critères annoncés à l'article 41:1, en ce que les procédures et mesures nationales appliquées soient « efficaces » et « dissuasives ». Il est en effet difficile de savoir dans quelle mesure ces critères vont s'appliquer, puisqu'ils sont définis par des termes vagues et ambigus (voir F. Shujie, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *op.cit.*, p. 4 ; J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, *op.cit.*, p. 385 ; C. Deere, *The implementation Game. The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford, University Press, 2009, p. 95).

²⁵⁰⁵ C. Arup, "TRIPS as competitive and cooperative interpretation", *op.cit.*, p. 7.

²⁵⁰⁶ R.K. Burch, P.J.D. Smith & W.P. Wheatley, "Divergent Incentives to Protect Intellectual Property A Political Economy Analysis of North-South Welfare", *op.cit.*, p. 169.

²⁵⁰⁷ O. Cattaneo "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629. Ces ambiguïtés constructives, si stratégiquement utilisées, permettront aux pays moins développés de récupérer de ce qui a été perdu dans la bataille des négociations sur les ADPIC lors de l'Uruguay Round. Voir J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, *op.cit.*, p. 7 ; P. K. Yu, "The objectives and principles of the TRIPS Agreement", *op.cit.*, pp. 173-174.

²⁵⁰⁸ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629.

l'Accord sur les ADPIC avait été conclu sous la pression des pays développés, et tout particulièrement celle des États-Unis. Les pays développés ont des intérêts marqués pour la protection de leur propriété intellectuelle dans les pays en développement, tandis que les pays en développement ont des intérêts faibles dans la protection de leur propriété intellectuelle dans les pays développés²⁵⁰⁹, ce qui justifie une approche minimaliste des pays en développement et maximaliste des pays les plus développés.

771. Ainsi, si de manière générale, l'interprétation des traités est toujours présentée comme une mission très sensible²⁵¹⁰, elle l'est encore plus lorsqu'il s'agit de l'Accord sur les ADPIC²⁵¹¹. Ce dernier doit, en effet, être interprété avec la plus grande prudence et précaution. Toute approche activiste ou laxiste des dispositions de l'Accord sur les ADPIC pourrait, à échéance plus ou moins brève, engendrer des conséquences désastreuses non seulement pour le système de règlement des différends, mais aussi pour le système commercial de l'OMC, en général. En effet, la perte de crédibilité peut provenir des pays développés aussi bien que des pays en développement²⁵¹².

772. Les **pays développés** et leurs entreprises (notamment les industries pharmaceutiques, les géants du logiciel, des films, la musique et l'industrie de l'édition) ont placé beaucoup d'espoir dans le système de règlement des différends de l'OMC²⁵¹³. Ils

²⁵⁰⁹ R.K. Burch, P.J.D. Smith & W.P. Wheatley, "Divergent Incentives to Protect Intellectual Property. A Political Economy Analysis of North-South Welfare", *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 2, p. 186. Dans le même sens, voir K. A. Czub, "Argentina's Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of The Underlying Conflicts Between Developing Countries, TRIPS Standards, and the United States", *op.cit.*, p. 206.

²⁵¹⁰ Notons, à cet égard que l'interprétation, elle-même, a toujours été une question sensible, notamment parce qu'elle peut être perçue comme ouvrant un espace d'incertitude dans le droit (voir J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in P. Amselek (dir), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p.115). Comme le disaient, à juste titre, les Professeurs Jean Combacau et Serge Sur, « *les controverses relatives à l'interprétation ne seraient pas si vives si elles ne traduisaient pas une lutte pour la maîtrise du système juridique, qui fait du processus interprétatif une variante de la lutte pour le droit* » (J. Combacau, et S. Sur, *Droit international public*, 11^{ème}, L.G.D.J, 2014, p.172). Le thème de l'interprétation a suscité et suscite toujours l'intérêt de la communauté scientifique. On se contente ici de quelques références bibliographiques : D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologies des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p ; F. OST et M. Van De Kerchove, « Interprétation », *Archives de Philosophie du Droit*, 1990, tome 35, pp. 165-190 ; *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p ; P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 245p ; S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, L.G.D.J, Paris, 1974, 449 p. Le Dossier consacré aux « techniques interprétatives de la norme internationale » dans la *Revue Générale de Droit Internationale Publique*, tome 15, n°2, 2011, pp. 289-549.

²⁵¹¹ En ce sens, N. W. Netanel, "The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement", *op.cit.*, p. 445.

²⁵¹² O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629.

²⁵¹³ Rappelons que plusieurs pays industrialisés avaient réclamé l'élaboration d'un nouveau traité garantissant la protection de ces droits dans le cadre des négociations du GATT, forum qui avait alors été préféré à celui de l'OMPI en raison de sa procédure de règlement des différends. Voir notre introduction .

attendent, comme le souligne Joost Pauwelyn, “*a major boost in the depth and width of worldwide protection of IP rights with a new centralizing and enforcement role for the WTO and its dispute settlement system*”²⁵¹⁴. Ainsi, dans l’hypothèse où il apparaît que l’interprétation de l’Accord sur les ADPIC par les Groupes spéciaux et/ou par l’Organe d’appel est trop laxiste²⁵¹⁵, autrement dit non avantageuse aux intérêts des pays les plus industrialisés, et plus particulièrement à leurs entreprises, ces pays pourraient, fort bien, à échéance plus ou moins brève, se détourner de l’OMC et de son système de règlement des différends²⁵¹⁶. Ce risque est d’ailleurs loin d’être théorique. Il est à rappeler que le Congrès américain a expressément prévu l’hypothèse de sortie de l’OMC, lors de la ratification des Accords du Cycle d’Uruguay, si trois décisions successives de l’ORD seraient contraires aux intérêts des États-Unis²⁵¹⁷. Aussi, on remarquera que ces dernières années, notamment depuis l’échec de la Conférence ministérielle de l’OMC de Cancun en 2003²⁵¹⁸, les États-Unis sont très actifs dans la conclusion des accords de libre-échange comportant des dispositions en matière de propriété intellectuelle, allant au-delà des obligations résultant de l’Accord sur les ADPIC²⁵¹⁹ (Approche dite « ADPIC-Plus »)²⁵²⁰. On note, à cet égard, les accords de libre-

²⁵¹⁴ J. Pauwelyn, “The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO, *Journal of International Dispute Settlement*”, *op.cit.*, p. 392.

²⁵¹⁵ Par exemple, un relâchement sur les critères et donc plus de flexibilité dans la mise en œuvre de l’Accord sur les ADPIC, notamment dans le domaine des brevets, lequel comporte de gros enjeux économiques pour les grandes entreprises pharmaceutiques et de logiciels.

²⁵¹⁶ J. H. Bello, “Some Practical Observations About WTO Settlement of Intellectual Property Disputes”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 1997, vol. 37, pp. 364-365.

²⁵¹⁷ J. Fomerand, « La pratique américaine du multilatéralisme. Le syndrome du mare nostrum », *op.cit.*, p. 487 ; Th. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial issu des Accords du cycle d’Uruguay », *Journal de Droit International*, 1995, n°4, pp. 879-880 ; Z. Haquani, Ph. Saunier et B. Majza, *Droit international économique*, ellipses, 2006, p. 59.

²⁵¹⁸ En effet, l’échec de la Conférence ministérielle de l’OMC de Cancun de 2003 s’est traduit par un ralentissement du développement du multilatéralisme et, de façon concomitante, par une prolifération d’accords de libre-échange (ALE) comportant des dispositions en matière de propriété intellectuelle qui vont au-delà des obligations résultant de l’Accord sur les ADPIC. Cette approche dite ADPIC-Plus est illustrée par de nombreux accords, notamment bilatéraux, conclus par les États-Unis. Ces derniers avaient fait de la poursuite d’accords de libre-échange, bilatéraux et régionaux, une priorité au plan commercial. Voir H. Ghérari, « Organisation mondiale du commerce et accords commerciaux régionaux. Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international », *Revue Générale de Droit International*, 2008, n°2, pp. 285-286. Voir également P. K. Yu, “Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime”, *op.cit.*, p. 393.

²⁵¹⁹ Précisons que cette pratique est tout à fait conforme aux règles de l’OMC. L’Accord sur les ADPIC a en effet mis en place un ensemble de règles minimales de protection des droits de propriété intellectuelle en laissant aux Membres la possibilité d’élargir ce seuil minimal chaque fois qu’ils le souhaitent. L’article 1:1 dispose à cet égard que «*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*». Notons, toutefois que ce phénomène n’est pas nouveau. En effet, les accords bilatéraux de libre-échange conclus par les États-Unis en cette matière existaient déjà avant la signature de l’Accord sur les ADPIC. L’une des armes utilisées afin d’obliger le pays concerné de souscrire à des obligations en matière de propriété intellectuelle, était la menace de sanction par le biais de la section 301 et Spécial 301. Mais, à la différence de ces anciens accords, les nouveaux accords confèrent une protection plus forte que celle exigée par l’Accord sur les ADPIC déjà en place. C’est pourquoi on parle du « nouveau bilatéralisme » (c’est-à-dire celui de période post-ADPIC) et de l’« ancien bilatéralisme » (c’est-à-dire celui qui est antérieur à l’Accord

échange (ALE) conclus avec le Chili, le Singapour, l'Australie, le Maroc, le Bahreïn, le Pérou, l'Oman, la Colombie, la République de Corée, le Panama, et avec cinq pays d'Amérique Centrale membre de l'ALEAC (le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua) et la République Dominicaine²⁵²¹. Certains auteurs disent que la conclusion de tels accords leur permettra de s'écarter du régime de l'Accord sur les ADPIC et du système de règlement des différends de l'OMC²⁵²². En effet, un des aspects inquiétants de ces accords de libre-échange est que le chapitre sur le règlement des différends contient une disposition relative au choix du forum, qui permet à la partie plaignante de choisir l'enceinte (dans le système de règlement des différends de l'OMC²⁵²³ ou celui prévu par ledit accord²⁵²⁴)

sur les ADPIC). À ce sujet, voir R. L. Okediji, "Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection", *University of OTTAWA law & Technology Journal*, 2003-2004, vol.1, pp. 125-147 ; P. Drahos, "BITS and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property", *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, n°4, pp. 791-808 ; J. Kors, « L'évolution de l'Accord ADPIC : vers un multilatéralisme flexible. Perspectives d'Amérique latine », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp. 57-58.

²⁵²⁰ Appelé aussi « TRIPS-Plus ». Notons que si les pays signent des accords de libre-échange avec les États-Unis, c'est pour obtenir des avantages commerciaux (tels qu'un meilleur accès aux marchés américains). (Voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, op.cit., p. 272). Sans pouvoir entrer ici dans le détail des dispositions « ADPIC Plus », on cite à cet égard les périodes de transitions plus courtes ; les protections supplémentaires conférées aux titulaires des droits en cause (pour les brevets, par exemple, on peut évoquer le cas du délai de protection prolongé et celui des objets de protection nouveaux) ; les obligations procédurales pour renforcer les moyens de lutte contre la contrefaçon et le piratage des droits de la propriété intellectuelle ; l'obligation d'adhérer à une liste de textes internationaux de propriété intellectuelle auxquels l'Accord sur les ADPIC ne réfère pas. Pour plus de détails sur les clauses ADPIC-plus, voir J. Drexler, « L'évolution des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : vers un système multilatéral flexible », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp. 20-28 ; dans le même ouvrage, voir J. Kors, « L'évolution de l'Accord ADPIC : vers un multilatéralisme flexible. Perspectives d'Amérique latine », op.cit., pp.61-69. Concernant le droits des brevets, voir J.-F. Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, op.cit., pp. 299-475.

²⁵²¹ Ces accords sont disponibles sur le site de l'Office of the United States Trade Representative : <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>.

²⁵²² P. Arhel, « ADPIC et santé publique », op.cit., p. 8.

²⁵²³ À cet égard, il est vrai que l'article 23 du Mémorandum d'accord prévoit que le système de règlement des différends dans le cadre de l'OMC est le seul à s'appliquer pour régler les différends entre les Membres de l'OMC. Toutefois, cette exclusivité n'affecte pas le droit des Membres de porter leur différend devant un autre mécanisme si l'allégation dirigée contre la même mesure est fondée sur un autre traité. En pareil cas, l'allégation ne tomberait pas dans la sphère de compétence de l'ORD et l'article 23 ne s'y appliquerait pas. Par ailleurs, il est important de préciser qu'un Membre de l'OMC ne peut pas recourir au système de règlement des différends de l'OMC pour une violation alléguée d'une obligation découlant d'un Accord de libre-échange. Les organes juridictionnels de l'OMC sont, comme exposé précédemment, compétents, conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, pour statuer sur les allégations de violation d'une norme de l'OMC. La relation entre les mécanismes de règlement des différends de l'OMC et des ALE a reçu une attention considérable dans la littérature sur le commerce, voir en particulier OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011, L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence*, 2011, pp.172-178, en ligne à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report11_f.pdf (consulté le 26 janvier 2017) ; H. Culot, « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), *Le commerce international entre bi-et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 209-257 ; H. Ghérari, « Organisation mondiale du commerce et accords

au sein de laquelle régler le différend. Ainsi, « *l'enceinte choisie sera utilisée à l'exclusion de l'autre* »²⁵²⁵. Si par hypothèse les États-Unis se désenchantent du système de règlement de l'OMC²⁵²⁶, celui-ci finirait inévitablement comme la Cour internationale de justice dont on connaît malheureusement le destin.

773. Quant aux **pays en développement**, rappelons d'abord que certains d'entre eux n'ont accepté l'accord sur la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC qu'à contrecœur²⁵²⁷. En effet, comme exposé précédemment, l'Accord sur les ADPIC avait été signé sous la pression des pays développés, et tout particulièrement celle des États-Unis. De toute évidence, les pays en développement n'avaient rien à gagner d'un tel accord, tant la quasi-totalité des biens immatériels, tels que les brevets et marques, sont déposés par des pays développés, notamment les États-Unis et l'Union européenne qui sont les leaders mondiaux dans ce domaine²⁵²⁸. De plus, l'Accord sur les ADPIC leur impose de lourdes obligations. Il exige, en effet, d'adopter des normes sévères de protection de droit de propriété intellectuelle

commerciaux régionaux. Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international », *op.cit.*, pp. 291-292.

²⁵²⁴ Notons que même si la procédure prévue par les Accords de libre-échange présente certaines similitudes avec l'OMC, elle se distingue significativement de cette dernière sur certains aspects, entre autres, par l'absence d'une procédure d'appel et par la possibilité de recours à des sanctions financières. À ce sujet, voir H. Culot, « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », *op.cit.*, p. 233 ; F. Piérola & G. Horlick, "WTO Dispute Settlement and Dispute Settlement in the "North-South" Agreements of the Americas : Considerations for Choice of Forum", *Journal of World Trade*, 41(5), 2007, pp. 905-908.

²⁵²⁵ Voir l'article 22.3 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Chili (signé en juin 2003 et entré en vigueur en janvier 2004) ; l'article 20.4.3 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Singapour (signé en 2003 et entré en vigueur en janvier 2004) ; l'Article 21.4 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Australie (signé en 2004 et entré en vigueur en janvier 2005) ; l'article 20.4 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Maroc (signé en juin 2004 et entré en vigueur en 2006) ; l'article 19.4 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Bahreïn (signé en 2004 et entré en vigueur en janvier 2006) ; l'article 21.3 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Pérou (signé en 2006 et entré en vigueur en 2009) ; l'article 20.4 de l'Accord de libre-échange États-Unis/Oman (signé en 2006 et entré en vigueur en 2009) ; article 21.3 de de de l'Accord de libre-échange États-Unis/Colombie (entré en vigueur le 15 mai 2012) ; l'article 20.3 de l'Accord de libre-échange États-Unis/ Panama (entré en vigueur le 31 octobre 2012) et l'article 20.3 de l'Accord de libre-échange États-Unis-l'Amérique Centrale et République dominicaine (signé en 2004).

²⁵²⁶ En vertu de la clause du choix du forum, les États-Unis auront recours au forum de leur choix qui pourrait en effet servir au mieux leurs intérêts. Voir P. Drahos, "Weaving Webs of Influence: The United States, Free Trade Agreements and Dispute Resolution", *Journal of World Trade*, 2007, 41(1), p. 192.

²⁵²⁷ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 649. Il faut bien rappeler que si les PED ont accepté de négocier et de s'engager à augmenter la protection des droits de propriété intellectuelle sur leurs territoires, ce n'est certainement pas dû à un changement de conception en matière de propriété intellectuelle, mais plutôt en raison de la menace des mesures de rétorsion à laquelle ils s'exposaient et pour bénéficier d'un certain nombre de contreparties en matière d'accès aux marchés dans les secteurs du textile et de l'agriculture. Pour une analyse approfondie des raisons qui ont poussé les PED à accepter un accord sur la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OMC, voir P. K. Yu, "TRIPS and its Discontents", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Special issue 2006, vol.10, pp. 371-379.

²⁵²⁸ S. Frankel, "WTO Application of "The Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property", *op.cit.*, p. 370. Sur les perdants et les gagnants du renforcement des droits de propriété intellectuelle, voir Y. Ménière, « L'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle. Quels gains ? Pour qui? », in B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 201-207.

bien que celles-ci soient présentées comme minimales²⁵²⁹. Ainsi, dans l'hypothèse où une question sujette à différend porte sur une disposition ambiguë de l'Accord sur les ADPIC, les organes de règlement des différends devront être très prudents lors de l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC et veiller à ne pas accroître les obligations ou diminuer les droits énoncés dans l'accord. En effet, toute extension des obligations de l'Accord sur les ADPIC par le biais de l'interprétation pourrait compromettre le délicat équilibre négocié lors de l'Uruguay Round et serait considéré comme une modification des règles en vigueur en faveur, encore une fois de plus, des pays développés²⁵³⁰. Une interprétation trop extensive, voire activiste, de l'Accord sur les ADPIC pourrait ainsi provoquer la perte de confiance envers le système de règlement des différends de l'OMC²⁵³¹ et courir surtout le risque d'une résistance ouverte débouchant sur l'inexécution pratique des décisions de l'ORD²⁵³² et l'avènement de ce qui est appelé par certains auteurs de « wrong cases »²⁵³³. Or, la mise en œuvre effective

²⁵²⁹ J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit du commerce international, op.cit.*, p. 53. Rappelons que l'essentiel de l'ajustement doit être fait par les PED car le niveau de protection des droits de propriété intellectuelle exigé par l'Accord sur les ADPIC n'est autre que celui prévalant dans les pays développés. Comme l'écrit Charles Levy, "the developing countries were the real targets of TRIPS because they largely had minimal or no intellectual property (IP) systems in place. For developed countries, which already have adequate IP protections in place, albeit with differing approaches to protection and enforcement, TRIPS only shores up some areas and provides new remedies or enforcement mechanisms. For developing countries, however, TRIPS requires the adoption of an entire new body of law, together with a framework to effectively enforce these new rights" (C. S. Levy, "Implementing TRIPS - A Test of Political Will", *op.cit.*, p. 789).

²⁵³⁰ En ce sens, J. Werner, "The TRIPS Agreement Under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India", *op.cit.*, p. 319. Il est à noter que l'Accord sur les ADPIC instaure, pour l'ensemble des pays Membres de l'OMC, des standards de protection largement alignés sur ceux des pays les plus avancés. Une interprétation trop extensive de l'Accord sur les ADPIC pourrait, ainsi, se traduire par une augmentation des contraintes imposées aux pays en développement et, par la même occasion, par une protection accrue des droits des pays industrialisés.

²⁵³¹ On peut remarquer que l'institution l'OMC est déjà critiquée par les PED en ce que ces derniers la considère comme un moyen aux services des grandes puissances (en l'occurrence, les États-Unis et l'Union européenne) pour préserver et étendre leur hégémonie. Voir A. Daemrich, "The Evolving Basis for Legitimacy of the World Trade Organization: Dispute Settlement and the Rebalancing of Global Interests", *Harvard Business School*, December 8, 2011, Working Paper n°12-041, p.28. En ligne: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-041.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

²⁵³² Eu égard à l'impossibilité de s'opposer à l'adoption des rapports, il n'existe donc aucun échappatoire. En effet, en vertu de la règle du consensus négatif, les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel seront quasi automatiquement adoptés. Ainsi, l'enjeu de « mise en conformité » des décisions pourra donner lieu à un grand « contentieux de l'exécution ». À ce sujet, voir H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 605-645.

²⁵³³ O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 629. L'auteur utilise cette expression en se référant à feu M. Robert E. Hudec, éminent spécialiste du système de règlement des différends du GATT/OMC. Selon ce dernier un « wrong case » se traduit par la non-application des recommandations de l'ORD, c'est-à-dire aux situations où un État ne modifiera en aucune façon son droit pour se conformer aux recommandations de l'ORD, car le coût politique excéderait le coût économique de potentielles sanctions. Le Professeur Robert Hudec a, en effet, analysé les litiges initiés par les États-Unis qui visaient la politique agricole commune des Communautés européennes au temps du GATT et qui ont, au final, provoqué une crise du système de règlement des différends du GATT. L'auteur notait que cette crise n'était pas tant due à un déséquilibre des forces et faiblesses du système de règlement des différends, qu'à l'absence de consensus lors de l'adoption même des mesures sujettes au différend. En d'autres termes, les Communautés européennes n'avaient pas véritablement consenti aux obligations que les États-Unis voulaient lui assigner à travers le système de règlement des différends ce qui a

des décisions de l'ORD est cruciale pour la crédibilité du système de règlement des différends et de l'OMC dans son ensemble²⁵³⁴. En tout état de cause, si de telles situations se concrétisent pleinement, le système se bloque, voire s'effondre.

774. Ces différentes considérations imposent donc l'adoption d'une approche interprétative très prudente dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC à l'occasion du règlement des différends²⁵³⁵. La préservation de la crédibilité du système de règlement des différends de l'OMC passe aussi par la confiance que les organes de règlement doivent inspirer aux Membres de l'organisation²⁵³⁶. La controverse qui est apparue, dans l'affaire opposant les États-Unis à l'Inde au sujet des brevets (WT/DS50), entre le Groupe spécial et l'Organe d'appel, en est une bonne illustration à cet égard. En l'espèce, ces organes de règlement ont eu une interprétation divergente de la notion d'attente légitime et de la possibilité de recourir à cette notion pour définir les droits et obligations des Membres en vertu de l'Accord sur les ADPIC²⁵³⁷. En effet, l'Organe d'appel a nettement rejeté l'interprétation jugée trop activiste de l'Accord sur les ADPIC faite par le Groupe spécial selon laquelle « *les attentes légitimes des Membres et des détenteurs de droits privés*

provoqué la crise de ce dernier (voir R. E. Hudec, "Transcending the Ostensible": Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments", *Minnesota Law Review*, 1987, vol.72, p. 218, cité par O. Cattaneo, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *op.cit.*, p. 628, note de bas de page 6 à 9. Le raisonnement du Professeur Robert Hudec est souvent repris dans les analyses des commentateurs, voir E. Lee, "Measuring TRIPS Compliance and Defiance: the WTO Compliance Scorecard", *Journal of Intellectual Property Law*, Spring 2011, vol.18, pp. 413-415 ; G. E. Evans, "TRIPS and the Sufficiency of the Free Trade Principles", *op.cit.*, p.720.

²⁵³⁴ D. Evans et C. De Tarso Pereira, « Réexamen du Mémoire d'accord sur le règlement des différends: Un point de vue interne », *op.cit.*, p. 288. Comme le déclarait le Président de l'ORD M. Jonathan Fried, « *la mise en conformité avec les décisions ou recommandations que le système produit est essentielle à son succès* ». Voir ORD, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard tenue le 26 mars 2013*, WT/DSB/M/330, 4 juin 2013, p. 3.

²⁵³⁵ Olivier Cattaneo a fort bien identifié ce problème dans son étude d'interprétation de l'Accord sur les ADPIC par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel. De l'avis de l'auteur, l'enjeu est de trouver l'équilibre entre des intérêts divergents : d'une part, entre droits privés et intérêts publics et, d'autre part, entre les attentes des pays développés et des pays en développement. Selon l'auteur, dans un domaine sensible comme la propriété intellectuelle, la déférence au droit national doit être préservée. Toutefois, le degré de déférence au droit national n'est pas uniforme et varie en fonction des domaines et selon qu'il s'agit d'interpréter les obligations des États ou les exceptions à ces obligations. Il rajoute que les organes de règlement doivent concéder une large déférence au droit national, sauf dans le cas des exceptions où l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC doit être toujours stricte (O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, pp. 163-168 et 276). Ce raisonnement s'inspire de l'analyse faite par Laurence R. Helfer sur la question de la déférence au droit national dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC par analogie à la Convention européenne des droits de l'homme qui présente selon l'auteur les mêmes caractéristiques que l'Accord sur les ADPIC. Voir L. R. Helfer, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPS Agreement: The Case For a European Human Rights Analogy", *op.cit.*, pp. 359-363.

²⁵³⁶ Comme le relève Paul De Visscher, « *le juge international, soucieux de contribuer par ses jugements au règne du droit et de la justice, sait que les États porteront à leur tour un jugement sur ses jugements et il sait aussi que c'est en définitive de ce second jugement que dépend l'avenir de la fonction juridictionnelle* » (P. De Visscher, « Cours générale de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972, tome 136, p. 184).

²⁵³⁷ Voir *supra*, §265.

concernant les conditions de concurrence doivent toujours être prises en considération lorsqu'il s'agit d'interpréter l'Accord sur les ADPIC »²⁵³⁸. Selon certains auteurs, au-delà des aspects purement juridiques et techniques, la décision de l'Organe d'appel a vraisemblablement été motivée par certaines considérations d'ordre politique. Elle a mis un frein aux interprétations activistes de l'Accord sur les ADPIC en vue, notamment, de préserver la susceptibilité des pays en développement, qui auraient difficilement accepté une interprétation expansionniste de leurs obligations en matière de propriété intellectuelle²⁵³⁹. Comme le précise très justement Jacques Werner : “*Any extension of the TRIPS’ textual obligations through interpretation might cause these countries to consider that the delicate, negotiated equilibrium which they had achieved in the WTO Agreement is being altered in favour of the developed countries, which of course might alter their goodwill in honouring their obligations. The Appellate Body’s determination not to allow any alteration of the negotiated equilibrium of the TRIPS Agreement transpires throughout its opinion*”²⁵⁴⁰. Cette approche de l'Organe d'appel est sans doute la plus adéquate car de nombreux problèmes seraient apparus s'il avait confirmé l'interprétation activiste du Groupe spécial.

B. Une contribution importante

775. À l'occasion du règlement des différends relatifs aux ADPIC dont ils ont été saisis, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont significativement contribué à l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Cette contribution revêt une importance particulière car ces organes de règlement de différends n'ont pas seulement précisé les contours des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, mais aussi ceux de certaines dispositions des Conventions de Paris et de Berne auxquelles l'accord fait référence. À ce titre, les indications d'interprétation fournies sont doublement intéressantes en ce sens qu'il s'agit d'une contribution inédite (1) avec une influence certaine sur les Membres de l'OMC (2).

²⁵³⁸ Rapport précité 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, par. 48.

²⁵³⁹ O. Cattaneo, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p. 166. Comme l'écrivait le Professeur Serge Sur qu'« *entre une pluralité d'interprétations diverses et également valides, le choix n'est pas juridique, il est politique* » (S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, *op.cit.*, p. 84).

²⁵⁴⁰ J. Werner, “The TRIPS Agreement under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products in India”, *op.cit.*, p.319.

1. Une contribution inédite

776. À l'occasion du règlement des différends, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont réussi à clarifier une part non négligeable des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, y compris les dispositions des Conventions de Paris et de Berne auxquelles l'accord fait référence. L'affaire *États-Unis — Article 1105, Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi pourtant ouverture de crédits* (WT/DS176), ou encore l'affaire *Chine — Droit de propriété intellectuelle* (WT/DS362) sont le témoignage de ce qu'il faut bien appeler, pour reprendre l'expression du Professeur Jean-Sylvestre Bergé, « *une réalité nouvelle* »²⁵⁴¹. C'est une première dans l'histoire du règlement des différends que ces deux dernières conventions soient invoquées et interprétées devant une instance internationale de règlement²⁵⁴². À ce titre, les décisions de l'ORD adoptées dans ces affaires en constituent un évènement marquant dans l'histoire du droit international de la propriété intellectuelle²⁵⁴³.

777. En effet, lors de l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160), l'article 9.2 de la Convention de Berne a été, pour la première fois, interprété avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC²⁵⁴⁴. «*The decision contains what may be the most thorough discussion to date of the non-codified "small exceptions" to copyright protection permitted under the Berne Convention (and TRIPS) but whose precise extent and scope had never been clearly delineated*»²⁵⁴⁵. C'est une contribution essentielle à l'édifice des exceptions, saluée par la doctrine²⁵⁴⁶. Pour certains auteurs, le rapport du Groupe spécial

²⁵⁴¹ J.-S. Bergé, « Organisation mondiale du commerce - Comment l'ordre juridique communautaire tente de tirer profit de l'accord A.D.P.I.C. sans s'y laisser prendre », 2^{ème} partie, *Petites affiches*, 26 juillet 2002, n° 149, p.19.

²⁵⁴² En ce sens, Z. Naigen, "Dispute Settlement under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation", *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 2003, vol.17, pp. 207-208. En effet, comme évoqué dans notre introduction, la Cour de justice internationale (juridiction compétente en vertu de l'article 33 de la Convention de Berne et de l'article 28 de la Convention de Paris), n'a été saisie à ce jour d'aucune affaire concernant l'interprétation ou l'application de l'une des dispositions de la Convention de Berne ou de Paris.

²⁵⁴³ Z. Naigen, "Dispute Settlement Under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation", *op.cit.*, p. 209: "It is a landmark of development for international protection of intellectual property rights".

²⁵⁴⁴ J.C. Ginsburg, « La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin 1999, p.245, note de bas de page n°82 ; du même auteur, « Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, p. 4. ; L. R. Helfer, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy", *op.cit.*, pp. 372- 373.

²⁵⁴⁵ D. J. Gervais, "The TRIPS Agreement after Seattle Implementation and Dispute Settlement Issues", *op.cit.*, p. 517.

²⁵⁴⁶ En effet, le rapport retient l'intérêt par sa motivation qui est riche d'enseignements. Le Groupe spécial a en effet donné des observations générales très intéressantes sur la portée générale de l'article 13 de l'Accord sur

« fera date, car les raisonnements très fouillés qu'il contient seront invoqués dans l'avenir à titre de précédents »²⁵⁴⁷. Il pourra marquer, pour reprendre les termes du Professeur Jane C. Ginsburg, « un grand pas vers la mise en place d'un droit d'auteur vraiment supranational »²⁵⁴⁸.

778. Il en est de même dans l'affaire *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits* (WT/DS176). C'est aussi la première fois que des dispositions de la Convention de Paris sont interprétées²⁵⁴⁹. Il en est ainsi de l'article 6 quinquies de la Convention de Paris²⁵⁵⁰. Aussi, par voie d'analyse et de raisonnement, l'Organe d'appel a considéré que l'Accord sur les ADPIC couvre les noms commerciaux qui sont visés à l'article 8 de la Convention de Paris²⁵⁵¹. C'est une conception large de l'Accord sur les ADPIC. Le Professeur Marie-Anne Frison Roche a considéré que ce choix « d'une interprétation large plutôt que stricte de l'Accord sur les ADPIC illustre ce mécanisme d'innovation jurisprudentielle »²⁵⁵².

779. Aussi, sans toutefois ignorer le reste des clarifications importantes présentées précédemment, il est intéressant de citer le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Chine — Droits de propriété intellectuelle* (WT/DS362) qui est très riche en enseignements sur l'interprétation de certaines dispositions de la Partie III relatives aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle²⁵⁵³. C'est d'ailleurs le premier rapport rendu à

les ADPIC. Il a aussi analysé en profondeur chacune des conditions cumulatives (le test de la validité des exceptions) énoncées à l'article susmentionné. Le plus marquant est que le Groupe spécial n'a rien laissé dans l'ombre, il a en effet appliqué les trois conditions successives à l'« exception pour usage dans des entreprises commerciales » énoncée à l'alinéa B) de l'article 110, 5) de la Loi américaine (mesure en cause), alors même qu'il a constaté que la première de ces trois conditions n'était pas remplie. Voir le rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis - Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, par. 6.160-6.161. À ce sujet, voir également A. Lucas, « Le "triple test" de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC "États-Unis" – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur », *op.cit.*, p. 424 ; Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p.12 ; M. Fiscor, « Combien de quoi ? Les « trois conditions cumulatives » et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, février 2002, n°192, p. 242.

²⁵⁴⁷ A. Lucas, « Le « triple test » de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », *op. cit.*, p. 433.

²⁵⁴⁸ J.C. Ginsburg, « Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *op.cit.*, p. 4.

²⁵⁴⁹ Voir Z. Naigen, « Dispute Settlement Under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation », *op.cit.*, p. 211.

²⁵⁵⁰ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/R, par. 8.71-8.89 et rapport précité de l'Organe d'appel *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, par. 122-148. Voir également Z. Naigen, « Dispute Settlement Under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation », *op.cit.*, pp. 212-213.

²⁵⁵¹ Voir *supra*, § 714 et s.

²⁵⁵² M.-A. Frison-Roche, « Expertise Droit commercial L'OMC étend ses compétences à la protection des marques », *Le Monde*, 29 janvier 2002.

²⁵⁵³ Rapport précité du Groupe spécial, *Chine — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, WT/DS362/R.

propos des dispositions de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC²⁵⁵⁴. Comme l'indique Jayashree Watal, « *the US–China IP panel report made a significant contribution to TRIPS jurisprudence—it was the first panel to examine TRIPS enforcement provisions in such detail. More importantly, the panel used a consistently careful method of reasoning that would help those interested in TRIPS provisions to navigate through them and understand their meaning. The reasoning was well grounded and its interpretation went beyond just the ordinary meaning of the words, and took into account the context and purpose. It referred to the negotiating history of TRIPS on several occasions, basing itself on different versions of the relevant provision in previous texts. Significantly, this is the first time in international IP law that domestic criminal provisions have been interpreted in relation to IP. The provisions of part III of TRIPS raise very difficult issues, unlike part II, and it is a tribute to the wisdom of the panellists, all of whom were TRIPS negotiators, that both sides could accept the panels' findings without an appeal. Thus, rather than being of limited interest to the IP world of policy makers and practitioners, this panel report sheds important light on the interpretation of some TRIPS domestic enforcement provisions* »²⁵⁵⁵.

780. Par les riches enseignements qu'ils contiennent, les rapports adoptés des Groupes spéciaux et notamment ceux de l'Organe d'appel exercent d'emblée un effet de persuasion et de dissuasion considérable sur les Membres de l'OMC.

2. Une contribution influente

781. S'il est vrai que les destinataires des justifications, interprétations et constatations formulées dans les rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont d'abord, et avant tout, les parties au différend, leurs effets ne s'arrêtent pas là²⁵⁵⁶ mais atteignent tous les Membres de l'OMC.

782. En effet, même si les décisions de l'ORD, concernent seulement les parties au différend, elles peuvent être d'une grande utilité pour les autres Membres de l'OMC²⁵⁵⁷ car

²⁵⁵⁴ J. Watal, "US–China Intellectual Property Dispute—A Comment on the Interpretation of the TRIPS Enforcement Provisions", *op.cit.*, p. 616.

²⁵⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁵⁶ En ce sens, H. Ruiz Fabri, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Coll. Contentieux International, Paris, Pedone, 2008, p. 112.

²⁵⁵⁷ Notons que les décisions des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, adoptées par l'ORD, ne sont pas obligatoires pour les Membres de l'OMC autres que ceux qui ont été parties au différend. Par ailleurs, l'adoption

elles leur fournissent des indications précieuses sur la façon d'appliquer les obligations qui leur incombe au titre de l'Accord sur les ADPIC²⁵⁵⁸, comme une sorte de « guide » utile aux autorités législatives, exécutives et judiciaires²⁵⁵⁹ et qui leur permettrait d'éviter le risque d'être poursuivis, eux aussi, devant l'ORD pour les mêmes motifs et être condamnés sur ce fondement. De plus, en raison de l'effectivité de la procédure de règlement des différends, ce risque est bien réel et non plus potentiel. De ce fait, il est dans l'intérêt des Membres se trouvant dans l'illégalité de tenir compte de l'interprétation opérée par le juge de l'OMC afin d'éviter un conflit futur²⁵⁶⁰.

783. La décision du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (WT/DS160)²⁵⁶¹ en constitue une excellente illustration à cet égard. Cette décision est d'une importance majeure dans l'appréciation du contenu et de la portée des exceptions introduites par les législations nationales²⁵⁶². Elle a signifié au reste du monde que le test des trois étapes était à prendre au sérieux et que les Membres de l'OMC n'étaient dès lors pas libres de faire ce qu'ils voulaient dans le domaine des exceptions²⁵⁶³. Cette décision a eu une influence sur certaines législations nationales des Membres²⁵⁶⁴. Le cas du Luxembourg est un exemple particulièrement éloquent à cet égard. En effet, en 1997, Alain

par l'ORD des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne peut être considérée comme liant l'ensemble des Membres de l'OMC même s'il est vrai qu'ils concourent tous à leur adoption. En ce sens, H. Ruiz Fabri, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », *op.cit.*, p.114.

²⁵⁵⁸ En ce sens, S. S. Malawer, "The U.S. and the WTO: Lessons Learned for Trade Litigation and Global Governance", *International Law*, features, april 2003, p. 15, en ligne: <https://www.vsb.org/publications/valawyer/apr03/malawer.pdf> (consulté le 16 janvier 2016). L'Organe d'appel faisait d'ailleurs figurer l'ensemble des Membres de l'OMC parmi les destinataires de ses rapports. En témoigne d'ailleurs le passage suivant dans lequel il insiste sur l'obligation d'exposer les raisons fondamentales conformément à l'article 12:7 du Mémoire d'accord. Selon ses termes, « l'obligation d'exposer les raisons "fondamentales" permet aux autres Membres de l'OMC de mieux comprendre la nature et la portée des droits et des obligations qui résultent des accords visés ». Rapport *Mexique – Enquête antidumping concernant le — Sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis. Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 107.

²⁵⁵⁹ T. Cottier, « Les tâches de l'OMC : évolution et défis », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2004, n°3, p. 286.

²⁵⁶⁰ *Ibid.* Cela est d'ailleurs reconnu par l'Organe d'appel lorsqu'il affirme que « lorsqu'ils adoptent ou modifient des lois et réglementations nationales touchant à des questions de commerce international, les Membres de l'OMC tiennent compte de l'interprétation juridique des accords visés donnée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés » (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique* (titre abrégé, *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*), WT/DS344/AB/R, adopté le 20 mai 2008, par. 160).

²⁵⁶¹ Rapport précité du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R.

²⁵⁶² Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir », *op.cit.*, p.12.

²⁵⁶³ C. Geiger, « La transposition du test des trois étapes en droit français », *op.cit.*, p. 2165.

²⁵⁶⁴ L'affaire susmentionnée a même eu une influence sur un pays qui négociait son accession auprès de l'OMC à ce moment-là. Il s'agissait de la Russie qui a modifié sa politique concernant le téléchargement de musique russe sans offrir de compensation (adéquate) aux détenteurs de droits de propriétés intellectuelles, politique longtemps considérée comme légale. Voir O. Budzinski & K. Monostori, "Intellectual Property Rights and the WTO: Innovation Dynamics, Commercial Copyrights and International Governance", *Ilmenau Economics Discussion Papers*, April 2012, vol. 17, n°71, p. 114.

Berenboom, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, avait réalisé une étude pour l'élaboration d'une nouvelle loi sur le droit d'auteur, les droits voisins, les bases de données et la société de l'information. Cette étude a servi de base à un projet de loi luxembourgeois tendant à simplifier et à refondre le droit d'auteur en vigueur tout en le modernisant pour tenir compte des œuvres multimédias et des autoroutes de l'information²⁵⁶⁵. Cependant, l'article 10 4°) de ce projet a été très contesté, en particulier par la Société des Auteurs, Compositeurs, et Editeurs de Musique (SACEM). En effet, cette disposition prévoyait une exception très large au droit exclusif de communication au public, car était considérée comme privée, la communication d'une œuvre audiovisuelle principalement musicale dans un lieu public si elle se faisait à titre gratuit et restait accessoire à l'activité qui se déroulait dans ce lieu. En s'appuyant sur la décision du Groupe spécial condamnant les États-Unis pour une disposition similaire, la SACEM a agi au plan communautaire auprès de la commission et a obtenu le retrait du texte incriminé²⁵⁶⁶.

784. En définitif, cet exemple montre clairement la portée des décisions et interprétations contenues dans les rapports de Groupes spéciaux et notamment celles de l'Organe d'appel qui dispose du « dernier mot interprétatif »²⁵⁶⁷. D'ailleurs, on remarquera que tous les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont disponibles et consultables sur le site internet officiel de l'OMC²⁵⁶⁸. Un répertoire spécifique aux interprétations de l'Organe d'appel concernant l'Accord sur les ADPIC est également mis en ligne sur le même site internet²⁵⁶⁹. À titre indicatif ou préventif, il est certain que la diffusion de ces décisions et

²⁵⁶⁵ B. Lhomme, *L'Organe de règlement des différends (OMC) et le droit d'auteur*, Mémoire sous la direction du Professeur P.-Y. Gautier, Université Panthéon –Assas, 2002, p. 28.

²⁵⁶⁶ *Ibid*, p. 29.

²⁵⁶⁷ La formule revient à Évelyne Serverin, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Centre de Recherche Critique sur le Droit-Saint-Étienne, Coll. Droit, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 82. C'est la raison pour laquelle certains considèrent que les rapports de l'Organe d'appel revêtent une « autorité de la chose interprétée ». Voir H. Ruiz Fabri, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *op.cit.*, p. 28, §180.

²⁵⁶⁸ Voir le portail d'accès aux documents des différends relatifs aux ADPIC https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_agreements_index_f.htm?id=A26 (consulté le 16 janvier 2016).

²⁵⁶⁹ Voir le lien officiel de l'OMC: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/repertory_f/t9_f.htm#T.9.1 (consulté le 16 janvier 2016). Ceci atteste de l'autorité juridique incontestable des rapports de l'Organe d'appel au sein du système de règlement des différends. On pense ici à ce que disait le Professeur Georges Abi-Saab : « La valeur juridique de l'interprétation ou du choix ainsi arrêté, c'est-à-dire sa signification et ses effets juridiques, ne dépendent pas tant de sa force de persuasion ou de sa valeur logique intrinsèque que de l'autorité de l'instance qui l'a opérée au sein du système juridique et des effets que ce système attribue à ses décisions » (G. Abi-Saab, « « Interprétation » et « Auto-Interprétation ». Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », *op.cit.*, p. 12). Le succès de l'Organe d'appel est tel que certains commentateurs le considèrent comme le Tribunal mondial ou encore comme la Cour mondiale du commerce. Voir P. Van Den Bossche, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce. Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 67-85 ; C.-D. Ehlermann, "Six Years on the

interprétations accroîtrait les chances de détecter les violations et, partant, éviter d'être attrait devant l'ORD.

§2. L'autorité des précédents rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

785. La question porte ici sur l'autorité des précédents rapports adoptés des Groupes spéciaux (GATT/OMC) et de l'Organe d'appel, afin de savoir si ces précédents ont une valeur obligatoire à l'égard des futurs Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. En termes plus précis, le principe du respect des décisions rendues *stare decisis*²⁵⁷⁰, bien connu dans les pays de *common law*, s'applique-t-il au système de règlement des différends de l'OMC ?

786. De l'analyse des textes de l'OMC et particulièrement des rapports des organes de règlements des différends, la réponse se trouve négative. Le concept de *stare decisis* ne s'applique pas en principe dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC (1). Cependant, on relèvera, dans la pratique, un appel fort de la part de l'Organe d'appel à ce que les précédents rapports adoptés et notamment les siens soient suivis, non pas dans le sens de la doctrine du *stare decisis*, mais pour assurer « *la sécurité et la prévisibilité du système commercial international* » objectifs fondamentaux du Mémorandum d'accord²⁵⁷¹(2).

A. Le concept *stare decisis* et son inapplicabilité dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC

787. Le concept *stare decisis* confère un caractère obligatoire aux précédents. À la lecture des textes de l'OMC, ce concept ne figure nulle part, ni dans le Mémorandum d'accord, ni même dans un quelconque accord visé de l'OMC²⁵⁷². Le concept *stare decisis* ne s'applique donc pas en principe dans le cadre du système de règlement des différends de

Bench of the "World Trade Court" Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, 36(4), 2002, pp. 605-639.

²⁵⁷⁰ C'est-à-dire l'effet contraignant des décisions judiciaires antérieures sur les affaires ultérieures. Sur ce principe, voir J.-A. Jolowicz, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur le règle du précédent », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, tome 30, pp. 106-116 ; F. Zenati, *Méthodes du droit. La jurisprudence, op.cit.*, p. 165.

²⁵⁷¹ L'article 3:2 du Mémorandum d'accord.

²⁵⁷² Sur le concept, voir A. Chua, "Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence", *Berkeley Journal of International Law*, 1998, vol.16, issue 2, pp. 171-196 ; du même auteur, "The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports", *Leiden Journal of International Law*, 1998, vol.11, issue 1, pp. 45-61.

l'OMC. Néanmoins, à l'occasion de l'affaire *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*²⁵⁷³, l'Organe d'appel a apporté une réponse nuancée en énonçant au sujet du statut des rapports des Groupes spéciaux adoptés du GATT qu'ils « *n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause* »²⁵⁷⁴. Ajoutant toutefois que ces rapports « *suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend* »²⁵⁷⁵. Il en est de même en ce qui concerne les rapports des Groupes spéciaux non-adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES. L'Organe d'appel a partagé, à cet égard, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle ces rapports « *n'[ont] aucun statut juridique dans le système du GATT ou de l'OMC* », mais il a indiqué qu'« *un groupe spécial [peut] néanmoins s'inspirer utilement du raisonnement présenté dans un rapport de groupe spécial non adopté qu'il [juge] en rapport avec l'affaire dont il [est] saisi* »²⁵⁷⁶. Cette déclaration de l'Organe d'appel est, certes, faite dans le contexte de l'évaluation de l'importance des rapports adoptés des groupes spéciaux dans le cadre de l'ancien GATT, mais son raisonnement s'applique aussi pour les rapports adoptés des Groupes spéciaux établis dans le cadre de l'OMC²⁵⁷⁷ et à ses propres rapports²⁵⁷⁸.

788. Dans l'affaire *Inde — Brevets* (plainte des Communautés européennes, WT/DS79), le Groupe spécial a été directement confronté à la question de savoir si et dans quelle mesure il est lié par les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant la même question dans le différend entre les États-Unis et l'Inde (WT/DS50)²⁵⁷⁹. Cette question était pertinente du fait que les Communautés européennes, d'une part, demandent que le Groupe spécial étende à leur bénéfice les constatations formulées dans le précédent différend, et que l'Inde (partie défenderesse), d'autre part, fait valoir qu'elle peut se prévaloir des procédures normales de règlement des différends au titre de l'article 10:4 du Mémoire

²⁵⁷³ Rapport précité de l'Organe d'appel *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. Précisons toutefois que la question lui a été soumise sous l'angle des rapports de Groupes spéciaux de l'époque du GATT que le Groupe spécial avait considéré comme une pratique ultérieure. L'Organe d'appel avait infirmé cette constatation.

²⁵⁷⁴ Rapport précité de l'Organe d'appel *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p.17.

²⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 17.

²⁵⁷⁶ *Idem.*

²⁵⁷⁷ Th. Flory, « Chronique de droit international économique. Commerce », *op.cit.*, 1996, p. 811.

²⁵⁷⁸ En effet, dans l'affaire *États-Unis — Crevettes (Article 21.5-Malaisie)*, l'Organe d'appel a étendu le raisonnement de l'affaire *Japon — Boissons Alcoolique II* à ses rapports. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (titre abrégé, *États-Unis — Crevettes (Article 21.5-Malaisie)*, WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, par. 109.

²⁵⁷⁹ Rapport du Groupe spécial *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, par. 7.25.

d'accord²⁵⁸⁰. Après un examen minutieux, le Groupe spécial a indiqué, en faisant référence au rapport de l'Organe d'appel rendu dans l'affaire précitée *Japon — Boissons alcooliques II*, que « *les groupes spéciaux ne sont pas liés par les décisions antérieures de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel même si la question traitée est la même* »²⁵⁸¹. Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial a indiqué que « *lorsque nous examinons le différend WT/DS79, nous ne sommes pas juridiquement liés par les conclusions du Groupe spécial dans le différend WT/DS50 telles qu'elles ont été modifiées par le rapport de l'Organe d'appel* ». Toutefois, il a ajouté que « *dans le cadre des "procédures normales de règlement des différends" prescrites à l'article 10:4 du Mémoire d'accord, nous tiendrons compte des conclusions et du raisonnement figurant dans les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant le différend WT/DS50* »²⁵⁸².

B. Le concept de précédent et son importance pour la sécurité et la prévisibilité du système commercial de l'OMC

789. En effet, alors que les interprétations des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont pas formellement contraignantes pour les futurs organes chargés du règlement des différends, il est toutefois décelé dans la pratique, de manière générale, un recours méticuleux aux précédents rapports adoptés par l'ORD, y compris ceux établis dans le cadre du GATT.

790. Il est à remarquer à cet égard que l'Organe d'appel est particulièrement très soucieux d'assurer une cohérence à la jurisprudence²⁵⁸³. En effet, dès le début, il a montré explicitement son envie que ses propres raisonnements et décisions soient suivis par les Groupes spéciaux ultérieurs, bien que la règle *stare decisis* en soi ne s'applique pas. À titre d'exemple, dans l'affaire *États-Unis — Crevettes* (article 21:5 - Malaisie), l'Organe d'appel a approuvé la référence faite à son rapport par le Groupe spécial chargé de cette affaire et a relevé qu'il « *[s']attend[ait] à ce qu'il le fasse* »²⁵⁸⁴. Selon l'Organe d'appel, « *le Groupe*

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ Par. 7.30 du rapport précité du Groupe spécial, WT/DS79/R.

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ L'Organe d'appel a aussi noté dans son rapport, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, que « *le Statut de la Cour internationale de justice prévoit expressément, à l'article 59, des dispositions semblables. Elles n'ont toutefois pas empêché la Cour (ni son prédécesseur) de créer une jurisprudence qui accorde de toute évidence une importance considérable à la valeur des décisions précédentes* » (rapport précité de l'Organe d'appel, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, note de bas de page n°30).

²⁵⁸⁴ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le*

*spécial devait nécessairement prendre en compte nos vues à ce sujet, puisque nous avons infirmé certains aspects des constatations du Groupe spécial initial relatives à cette question et, chose plus importante, que nous avons donné des indications en matière d'interprétation destinées aux groupes spéciaux futurs [...] »²⁵⁸⁵. De même, dans l'affaire *États-Unis - Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* en affirmant que « suivre les conclusions de l'Organe d'appel dans des différends précédents n'[était] pas seulement approprié, mais c'[était] ce que l'on attend[ait] des groupes spéciaux, en particulier dans les cas où les questions [étaient] les mêmes »²⁵⁸⁶.*

791. De plus, dans le cas où le Groupe spécial ne suit pas l'interprétation du droit qu'il avait donnée dans ses rapports précédents, l'Organe d'appel n'hésite pas à sa façon de le rappeler à l'ordre. C'est ce qui s'est effectivement produit dans l'affaire *Etats-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*. En l'espèce, le Groupe spécial a décidé de ne pas suivre l'interprétation donnée par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis — Réduction à zéro (CE) et États-Unis — Réduction à zéro (Japon)*, dans lesquelles l'Organe d'appel avait constaté que la réduction à zéro simple dans les réexamens périodiques était incompatible avec l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 9.3 de l'Accord antidumping. Au lieu de cela, le Groupe spécial s'est appuyé sur des constatations formulées dans des rapports de Groupes spéciaux qui ont été infirmés par l'Organe d'appel²⁵⁸⁷. Bien évidemment, en agissant ainsi, à contre-courant, le Groupe spécial ne faisait pas que s'opposer aux conclusions de l'Organe d'appel, il s'opposait également à l'ORD qui avait adopté les rapports de l'Organe d'appel ayant infirmé la position des Groupes spéciaux²⁵⁸⁸.

règlement des différends (titre abrégé, *États-Unis — Crevettes (article 21:5 - Malaisie)*), WT/DS58/AB/RW, par. 107.

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

²⁵⁸⁶ 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* (titre abrégé, *États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*), WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004, par. 188.

²⁵⁸⁷ Rapport précité de l'Organe d'appel *États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique* (titre abrégé, *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*), WT/DS344/AB/R, adopté le 20 mai 2008, par. 146. Voir aussi la note de bas de page n°288 du même rapport.

²⁵⁸⁸ H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *Journal du Droit International*, juillet-août - septembre, 2008, n°3, p. 911. En fait, dans cette affaire, la question ne consistait pas de savoir si l'Organe d'appel pouvait corriger les interprétations erronées d'un Groupe spécial. Loin de là. La question tournait plutôt autour de l'obligation des Groupes spéciaux de suivre la jurisprudence de l'Organe d'appel ou pas. Voir le commentaire de Philippe Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op.cit.* pp. 458-460. D'ailleurs, dans cette affaire, le Mexique a clairement indiqué qu'il était obligé de faire appel des constatations et conclusions du Groupe spécial. Selon lui, elles sont identiques à celles qui ont déjà été infirmées par l'Organe d'appel dans des différends antérieurs qui concernaient les mêmes mesures et la même partie défenderesse. De l'avis du Mexique, le Groupe spécial n'a pas suivi le précédent établi par l'Organe d'appel, ce qui est incompatible avec la fonction

Cela étant, ce différend était très délicat, car c'est formellement l'autorité des décisions de l'ORD qui était en jeu²⁵⁸⁹. Ainsi, pour régler ce conflit interne avec le Groupe spécial, l'Organe d'appel a rappelé effectivement que ses rapports n'ont certes de force obligatoire que pour les parties et dans le cadre du différend en cause, mais il a également développé l'idée que « *cela [...] ne veut pas dire que les groupes spéciaux ultérieurs sont libres de ne pas tenir compte des interprétations du droit et du ratio decidendi figurant dans les rapports antérieurs de l'Organe d'appel qui ont été adoptés par l'ORD* »²⁵⁹⁰. Selon l'Organe d'appel, « *assurer "la sécurité et la prévisibilité" du système de règlement des différends, comme il est prévu à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, suppose que, en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure* »²⁵⁹¹. Pour l'Organe d'appel « *le fait que le Groupe spécial n'a pas suivi des rapports de l'Organe d'appel adoptés précédemment qui traitaient des mêmes questions compromet la constitution d'une jurisprudence cohérente et prévisible clarifiant les droits et les obligations des Membres au titre des accords visés ainsi qu'il est prévu par le Mémoire d'accord* »²⁵⁹². Selon lui, cette approche du Groupe spécial « *a de graves implications pour le bon fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC* »²⁵⁹³. Toutefois, pour ne pas amplifier sans doute son opposition avec le Groupe spécial, l'Organe d'appel a considéré que « *la défaillance du Groupe spécial découlait, par essence, de son interprétation peu judicieuse des dispositions juridiques en cause* »²⁵⁹⁴.

En somme, de cette affaire, il apparaît clairement que l'Organe d'appel veut imposer l'obligation de se conformer à ses propres interprétations et décisions. Mais, cette tension entre la reconnaissance de la valeur des rapports de l'Organe d'appel et la liberté de décision des nouveaux Groupes spéciaux a vu naître une opposition frontale entre les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel.

du Groupe spécial consistant à aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du Mémoire d'accord (par. 21 du rapport précité *États-Unis - Acier inoxydable (Mexique)*, WT/DS344/AB/R).

²⁵⁸⁹ Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op.cit.*, p. 458.

²⁵⁹⁰ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*, WT/DS344/AB/R, par. 158. Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC(2008) », *op.cit.*, p.458.

²⁵⁹¹ Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*, WT/DS344/AB/R, par. 160. L'Organe d'appel a également indiqué que « *l'interprétation du droit consignée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés devient partie intégrante de l'acquis du système de règlement des différends de l'OMC* » (*ibid.*).

²⁵⁹² Par. 161 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS 344/AB/R. On pourrait y voir dans cette déclaration un indice confirmant l'envie de l'Organe d'appel de « faire jurisprudence » de ses propres rapports.

²⁵⁹³ Par. 162 du rapport précité de l'Organe d'appel, WT/DS 344/AB/R.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*

792. En effet, dans un autre différend de la pratique américaine de la réduction à zéro, un Groupe spécial a riposté aux constatations de l'Organe d'appel à l'égard des Groupes spéciaux²⁵⁹⁵. Dans son rapport distribué aux Membres le 1^{er} octobre 2008, le Groupe spécial a affirmé plus nettement son attitude de fronde à l'égard de l'Organe d'appel, en relevant que ce dernier « *laisse entendre que la sécurité et la prévisibilité du système de règlement des différends en soi est un but auquel contribue l'établissement d'une jurisprudence constante et fondée sur le fait que les groupes spéciaux suivent le raisonnement exposé dans les rapports adoptés de l'Organe d'appel* »²⁵⁹⁶. Il a répondu en disant que « *nous ne pensons pas que l'établissement d'une jurisprudence ayant effet obligatoire soit un élément envisagé pour permettre au système de règlement des différends d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral* »²⁵⁹⁷. Selon lui, « *un groupe spécial ne peut pas simplement suivre le rapport adopté d'un autre groupe spécial, ou de l'Organe d'appel, sans avoir soigneusement examiné les faits et les arguments présentés par les parties au différend dont il est saisi. Le faire reviendrait à se dérober à ses responsabilités au titre de l'article 11* »²⁵⁹⁸. En somme, le Groupe spécial a clairement affiché sa position en soutenant que le souci d'assurer une jurisprudence constante ne devrait pas l'emporter sur sa tâche, qui est de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi²⁵⁹⁹.

793. Cependant, cette affaire a fait l'objet d'appel auprès de l'Organe d'appel²⁶⁰⁰. Un membre de la Section a souhaité faire une déclaration dans le cadre d'une opinion concordante²⁶⁰¹. Ce membre a relevé que la « *variabilité, contradiction et incertitude vont de pair avec l'exercice d'interprétation, mais ce sont les signes de l'échec et non du succès* »²⁶⁰². Il a considéré qu'« *il est vain de répéter encore une fois les subtilités de ces interprétations. (...) il y a toutes les raisons de considérer ce débat avec humilité. Des arguments quant au fond ont été présentés des deux côtés, mais il y a une question que l'on ne peut pas éluder. Lorsqu'il s'agit de trancher une question, chaque grand débat doit avoir une fin. L'Organe d'appel existe pour clarifier le sens des accords visés. (...) Ses décisions ont été adoptées par*

²⁵⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro* (titre abrégé, *États-Unis — Maintien de la réduction à zéro*), WT/DS350/R, distribué aux Membres le 1^{er} octobre 2008.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, par. 7.179.

²⁵⁹⁷ *Ibid.*

²⁵⁹⁸ *Ibid.*, par. 7.180.

²⁵⁹⁹ Voir Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2009) », *op.cit.*, p. 677.

²⁶⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009.

²⁶⁰¹ *Ibid.*, par. 304.

²⁶⁰² *Ibid.*, par. 306.

*l'ORD. Les Membres de l'OMC sont en droit de se fier à ces résultats. (...). À un point donné dans chaque débat, il arrive un moment où il importe davantage pour le système de règlement des différends de parvenir à un résultat définitif que de disséquer les dépouilles des batailles passées »*²⁶⁰³.

794. Sans pour autant se réclamer de la doctrine du *stare decisis*, cette déclaration témoigne du profond souci de l'Organe d'appel d'assurer la cohérence et la constante de la jurisprudence de l'OMC. Après tout, il est dans son rôle d'unificateur, car comme le souligne Yves Renouf, « *on a introduit l'Organe d'appel tout à la fin (...), pas parce que on voulait un système plus juridictionnel, mais parce que on voulait éviter que les panels aillent dans tous les sens. On voulait avoir une entité qui mettrait de l'ordre dans la jurisprudence des panels* »²⁶⁰⁴.

795. Toutefois, bien que l'Organe d'appel puisse rectifier ces incohérences, le fait que des Groupes spéciaux prennent des décisions divergentes ne renforcerait pas la crédibilité desdites décisions et ne contribuerait pas à assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, ce qui est l'un des objectifs du système de règlement des différends. De plus, il faut préciser que l'Organe d'appel ne peut rectifier les incohérences qu'en cas d'appel desdites décisions. S'il n'y a pas d'examen en appel, les conclusions et recommandations divergentes des Groupes spéciaux pourraient même être mutuellement incompatibles et poser des problèmes insurmontables dans le processus de mise en œuvre²⁶⁰⁵. Effet, la partie perdante qui, par hypothèse mécontente, pourra être tentée de ne pas exécuter ladite décision qu'elle considère non fondée. C'est un des aspects dangereux de l'incohérence que l'Organe d'appel veut sans doute éviter²⁶⁰⁶. L'avenir du système de règlement des différends dans son ensemble en dépend²⁶⁰⁷. C'est pourquoi, l'Organe d'appel est toujours

²⁶⁰³ *Ibid.*, par. 312.

²⁶⁰⁴ Commentaire formulé au cours du débat portant sur l'indépendance et l'impartialité des juges internationaux. Voir H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Coll. Contentieux Internationaux, Paris, Pedone, 2010, p. 216. Dans le même sens, voir P. Van Den Bossche, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce » : Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », *op.cit.*, pp. 68-69.

²⁶⁰⁵ En ce sens, voir OMC, *Module de formation au système de règlement des différends, Chapitre 6: Le processus –Étape d'une affaire type de règlement des différends*, en ligne: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c6s3p2_f.htm (consulté le 16 janvier 2016). Il importe de noter que le fait de ne pas interjeter appel contre certaines constatations du Groupe spécial a pour conséquence que ces constatations constituent « la résolution définitive du différend ». Voir D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, *op.cit.*, p. 903.

²⁶⁰⁶ Le recours au précédent est ainsi encouragé, non en tant que signe d'une force obligatoire de ce dernier mais dans une autre fonction, celle de cohérence de l'insertion de la décision dans un ensemble jurisprudentiel en construction. Voir P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de Philosophie du Droit*, 2007, tome 50, p. 68.

²⁶⁰⁷ Par exemple, dans l'affaire *États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, – affaire précédemment examinée –, lorsque le Groupe spécial a décidé de ne pas suivre

insistant sur l'uniformité de l'interprétation des Accords de l'OMC afin d'offrir une certitude et une prévisibilité juridique aux Membres de l'OMC²⁶⁰⁸. Il est même, d'ailleurs, reconnu dans le Rapport du Conseil consultatifs sur l'OMC²⁶⁰⁹ qu'« *il est tout à fait évident qu'un certain degré de « précédent » guide les procédures de règlement des différends de l'OMC* »²⁶¹⁰.

796. Pour l'essentiel, même si la tension entre la reconnaissance de la valeur des rapports adoptés notamment celle de l'Organe d'appel et la liberté de décision des nouveaux Groupes spéciaux existe au sein du système de règlement des différends, l'hypothèse de cas où le Groupe spécial n'a pas suivi les interprétations et décisions données par l'Organe d'appel ne s'est jamais produite dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC²⁶¹¹. Pour autant, il n'y a aucune certitude qu'elle ne puisse y arriver à l'avenir.

l'interprétation du droit donnée par l'Organe d'appel, les participants tiers dont la Communauté européenne, le Japon et la Thaïlande ont été assez inquiets pour l'avenir du système de règlement des différends dans son ensemble car l'enjeu était de taille. Sur ces positions, voir le rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/AB/R, par. 149-151. Comme l'écrit le Professeur Péter Kovacs, « *en dehors de la beauté esthétique d'une jurisprudence constante, il y a bien sûr une vertu juridico-politique évidente : la préservation de la cohérence jurisprudentielle contribue au maintien de la confiance des États à déférer leurs affaires devant le tribunal* » (P. Kovacs, « Développements et limites de la jurisprudence en droit international », in *La juridictionnalisation du droit international*, Société Française pour le Droit International, Colloque de Lille, Paris, Pédone, 2003, p. 332).

²⁶⁰⁸ J.-F. Stoll, « L'ORD depuis l'accord de Marrakech », *Les Notes Bleues de Bercy*, communication 14 octobre 1999. En effet, comme le souligne Philippe Maddalon, « *l'ordre juridique OMC recherche la sécurité juridique, et que celle-ci passe par l'unité d'interprétation du droit de l'Organisation* » (Ph. Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2009) », *op.cit.*, pp. 676- 677).

²⁶⁰⁹ P. Sutherland, J. Bhagwati et ali., *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, *op.cit.*, p.62, §231.

²⁶¹⁰ *Ibid.*

²⁶¹¹ Par exemple, dans l'affaire *Inde — Brevets*, (plainte des Communautés européennes, WT/DS79), le Groupe spécial a pris en compte les constatations de l'Organe d'appel et ses rectifications apportées aux interprétations formulées par le Groupe spécial dans une affaire similaire (plainte des États-Unis, WT/DS50). Voir le rapport précité du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, par. 7.30.

Conclusion du Titre 2

797. Au terme de ce qui précède, on retiendra en conclusion que même si l'Accord sur les ADPIC est différent des autres Accords de l'OMC, la méthode d'interprétation appliquée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, lors du règlement des différends, est la même pour tous les accords de l'organisation, qui doit être ancrée dans l'application des règles d'interprétation préconisées par la Convention de Vienne. D'ailleurs, grâce à cette méthode d'interprétation, le sens et la portée de plusieurs dispositions de l'Accord sur les ADPIC (dont certaines figurent dans les Conventions de Berne et de Paris auxquelles l'accord renvoie) ont été mis en lumière, ce qui permet, en effet, aux Membres de mieux comprendre leurs droits et obligations figurant dans l'accord pour prévenir les risques d'être poursuivis devant l'ORD. Dès lors, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur tel ou tel raisonnement, on peut légitimement dire aujourd'hui qu'il existe désormais un produit jurisprudentiel dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le Professeur Marie-Christine Piatti a considéré qu'« *il y a là indubitablement les marques d'un droit mondial de la propriété intellectuelle en matière judiciaire* »²⁶¹².

Conclusion de la deuxième partie

798. Cette étude a permis de montrer que l'ORD a joué un rôle important dans le règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC. En effet, une grande proportion de différends a trouvé une solution, soit par la négociation bilatérale, soit par la mise en œuvre des décisions et recommandations contenues dans les rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel saisis à cet égard.

799. En outre, à l'occasion du règlement des différends, une part non négligeable de clarification des dispositions de l'Accord sur les ADPIC a été apportée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, permettant ainsi à l'ORD de jouer un rôle central dans la mise en œuvre des obligations énoncées dans cet accord.

²⁶¹² M.-C. Piatti, « OMC et droit mondial de la propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 27.

CONCLUSION GÉNÉRALE

800. Les négociations de l'Uruguay Round ont été l'occasion de l'introduction très controversée de la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT, aboutissant à la conclusion de l'Accord sur les ADPIC et à l'application du système de règlement de différends au domaine de la propriété intellectuelle. Les États-Unis qui ont été à l'origine de cette négociation avaient judicieusement choisi de discuter de ce domaine dans le forum du GATT au lieu de l'OMPI, en raison, notamment, de sa procédure de règlement des différends, jugée efficace. En effet, les dispositions sur le règlement des différends entre États prévues par les conventions administrées par l'OMPI (notamment les Conventions de Berne et de Paris) étaient jugées inefficaces ; elles n'ont d'ailleurs jamais été déclenchées à cet égard.

801. Désormais, avec le nouvel Accord de l'OMC sur les ADPIC, les standards applicables pour la protection des droits de propriété intellectuelle sont, non seulement, clairement définis et regroupés en un seul instrument, dans la mesure où il a intégré par référence les principales dispositions des conventions administrées par l'OMPI, mais le respect de ceux-ci est, également, sanctionné par un système de règlement des différends efficace. Chaque Membre de l'OMC est, ainsi, tenu de respecter l'ensemble des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, sous peine d'être poursuivi devant l'ORD et de se voir appliquer des sanctions commerciales. Depuis l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC en date du 1^{er} janvier 1995, 34 affaires concernant ce nouvel Accord sur les ADPIC ont été portées devant l'ORD. La présente étude a permis d'analyser, en raison de la spécificité de l'Accord sur les ADPIC, dans sa raison d'être, sa structure et ses objectifs, comment le système de règlement des différends de l'OMC administré par l'ORD organise, traite et règle les différends relatifs au respect des obligations découlant de cet accord. De l'ensemble de nos développements, plusieurs points intéressants peuvent être mis en avant.

802. En premier lieu, il convient d'indiquer que la règle de saisine du système de règlement des différends de l'OMC au regard de l'Accord sur les ADPIC ne bénéficie d'aucune particularité. Cette règle est la même pour tous les Accords de l'OMC : seuls les États et territoires douaniers distincts, Membres de l'OMC peuvent recourir au système de règlement des différends de l'organisation, à l'exclusion donc de leurs propres ressortissants. Ces derniers ne peuvent, en effet, en aucun cas faire valoir, eux-mêmes, leurs droits directement devant l'ORD lorsqu'ils se trouvent lésés par l'action d'autres Membres de

l'OMC, non conforme à l'Accord sur les ADPIC. Pour autant, ceci n'exclut pas que certains Membres défendent les intérêts particuliers de leurs ressortissants, notamment des entreprises privées qui sont majoritairement les détenteurs de droits de propriété intellectuelle, en s'attaquant au Membre concerné devant l'ORD.

803. Ensuite, un élément important qui doit être relevé concerne les types de plaintes pouvant être déposés devant de l'ORD au regard de l'Accord sur les ADPIC. En effet, les trois types de plaintes possibles dans le cadre de l'OMC, à savoir les plaintes en situation de violation, les plaintes en situation de non-violation et les plaintes motivées par une autre situation, ne sont pas toutes permises dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC. Pour l'heure, seules les plaintes pour violation peuvent être portées au titre dudit accord. Tout manquement aux obligations relatives à la propriété intellectuelle qui découlent de l'Accord sur les ADPIC, lequel englobe les obligations de fond prévues par les Conventions de Paris, de Berne ou encore du Traité de Washington auxquelles l'accord renvoie, est donc susceptible de donner naissance à un différend au sens du Mémoire d'accord et pourrait, ainsi, être porté devant le système de règlement des différends de l'OMC. Quant aux autres plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation, elles ne sont toujours pas autorisées en raison de la prorogation du moratoire qui les interdit dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Relevons, en outre, que l'examen de la portée et les modalités de l'application de ces deux types de plaintes dans le contexte de l'ADPIC fait toujours l'objet de fortes discussions au sein du Conseil des ADPIC. Autant dire que le débat à ce sujet est loin d'être terminé, et leur interdiction dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC va encore durer.

804. S'agissant de la procédure de règlement des différends, on précisera, d'emblée, qu'il n'y a pas de procédure spécifique au règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC, notamment du fait que l'accord ne porte pas, à proprement parler, sur les questions touchant à l'accès aux marchés, comme c'est le cas des autres Accords de l'OMC (comme ceux qui concernent les marchandises ou les services) mais qu'il établit des standards minimums en ce qui concerne la protection des droits de la propriété intellectuelle, lesquels sont reconnus comme des droits privés. L'Accord sur les ADPIC a d'ailleurs reconnu dans son article 64:1 que le règlement différends découlant de son cadre s'opère selon les règles et procédures mises en place dans le Mémoire d'accord. Le système de règlement des différends se veut unifié pour tous les différends portés devant l'OMC. Les phases de la procédure générale décrites dans le Mémoire d'accord se retrouvent en effet dans le règlement des différends relatifs au respect des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, à savoir une première phase de négociations, qui donne aux parties la possibilité

d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante de leur différend, à laquelle succède, en cas d'échec, une phase contentieuse assurant la certitude de pouvoir compter sur un règlement juridique du problème par le truchement des organes de règlement des différends et la possibilité de recourir à des mesures de contrainte à l'égard de la partie condamnée défailante qui ne met pas en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. À ce propos, il convient de relever que l'application des mesures de rétorsion dans le domaine des ADPIC n'est pas sans soulever des difficultés en raison de la spécificité de l'accord. En effet, l'Accord sur les ADPIC est assez différent des autres Accords de l'OMC tant par le caractère privé des droits de propriété intellectuelle qu'il tend à protéger que par la structure originale et complexe sur laquelle il se construit. Figurent parmi ces difficultés, l'atteinte à des droits privés, la difficile évaluation de façon exacte du niveau des avantages annulés ou compromis subis dans le domaine de la propriété intellectuelle et les conflits possibles avec les conventions administrés par l'OMPI auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, telles que les Conventions de Paris et de Berne. Le problème fondamental semble résider dans l'adaptation du régime de rétorsion prévu par le Mémoire d'accord aux spécificités du domaine de l'Accord sur les ADPIC.

805. Après l'analyse des différends relatifs aux ADPIC ayant fait l'objet de procédures devant l'ORD et les solutions y afférentes, l'étude a relevé que l'application des règles et procédures du Mémoire d'accord, pour mettre fin ces différends, s'est faite sans difficultés. Il est louable aussi de constater qu'en quelques années les organes de règlement des différends, en particulier les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, ont su faire leurs preuves dans le règlement de ce type particulier de différends. Ils ont traité et réglé les différends dont ils devaient évaluer la conformité des mesures contestées avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, de façon équilibrée et impartiale, quelles que soient les différences de taille ou de poids économiques entre les parties au différend. Ils ont su également gérer des questions complexes concernant la propriété intellectuelle. À cet égard, relevons que les Groupe spéciaux et l'Organe d'appel ne font pas de distinction quant à la méthode d'interprétation à appliquer entre les Accords de l'OMC bien que l'Accord sur les ADPIC ait un statut particulier relativement autonome. En effet, la méthode d'interprétation appliquée est la même que pour tous les Accords de l'OMC, qui est celle d'être ancrée dans l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Grâce, d'ailleurs, à cette méthode, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont apporté des éclaircissements importants aux nombreuses dispositions de l'Accord sur les ADPIC dont certaines figurent dans les Conventions de Berne et de Paris auxquelles l'accord renvoie.

C'est une première pour ces deux dernières conventions qu'elles soient invoquées et interprétées devant une instance internationale de règlement. Des raisonnements interprétatifs ont même été identifiés concernant plusieurs questions cruciales relatives à l'Accord sur les ADPIC au point que l'on parle déjà de jurisprudence ADPIC.

806. Pour autant, il importe de relever que la tâche de clarification ou plutôt d'interprétation dans le cadre du règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC est loin d'être facile en raison de sa structure particulière qui est, non seulement, conçue sur la base des dispositions des conventions de propriété intellectuelle adoptées en dehors du cadre de l'OMC, en l'occurrence l'OMPI, mais également du fait que l'accord ne déroge en rien aux obligations que les États Membres assument au titre des conventions auxquelles il renvoie. En examinant les décisions rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, il apparaît que les organes chargés du règlement des différends ont montré leurs intérêts de vouloir comprendre parfaitement les dispositions pertinentes de ces conventions ; dans l'objectif d'assurer la cohérence et l'harmonie dans l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC avec le dispositif normatif de l'OMPI auquel l'accord renvoie et ainsi éviter tout conflit à l'intérieur du cadre multilatéral des droits de propriété intellectuelle. Ceci s'aperçoit, notamment, sur l'utilisation de la documentation de l'OMPI et de la doctrine spécialisée dans le domaine de la propriété intellectuelle, sur le recours à l'historique de négociations des conventions auxquelles il est expressément fait référence dans l'Accord sur les ADPIC et sur la demande des renseignements au Bureau international de l'OMPI qui régit ces conventions concernant les dispositions pertinentes pour les différends en question. Cependant, il est important de souligner que la cohérence et l'harmonie recherchées dans l'interprétation ne veulent pas dire l'uniformité dans l'interprétation. Dans certaines décisions rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, l'interprétation des règles intégrées a été dominée par l'approche commerciale. Ceci n'a rien d'étonnant car l'interprétation des dispositions des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, et notamment celles de la Convention de Berne, reste toutefois mesurée dans le contexte de l'OMC.

En outre, il faut rappeler que l'Accord sur les ADPIC est l'un des résultats les plus controversés de l'Uruguay Round, ce qui rend certainement très difficile la tâche des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'accord à l'occasion du règlement des différends. D'ailleurs, le contentieux des ADPIC découlait en majorité des lectures différentes, voire contradictoires, de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC. L'enjeu est manifestement de taille car il faut donner le sens et la portée de nombreuses dispositions générales et ambiguës de l'Accord sur les ADPIC sans jamais accroître ou

diminuer les droits et obligations des Membres énoncés dans l'accord comme l'exigent les articles 3:2 et 19:2 du Mémorandum d'accord. De l'examen des décisions rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, il est observé que les organes chargés du règlement des différends ont toujours montré leur souci de veiller à préserver l'équilibre de l'acquis négocié des droits et obligations des Membres lorsqu'ils évaluent la compatibilité des mesures contestées avec les dispositions de l'accord. En effet, en raison de la sensibilité de cette matière, il semble que les différends de l'OMC relatifs à propriété intellectuelle imposent l'adoption d'une approche interprétative très prudente dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, à l'occasion du règlement des différends. Toute interprétation extensive ou restrictive de l'accord risquerait, à échéance plus ou moins brève, d'entraîner une désaffection des Membres pour le système de règlement des différends de l'OMC ou l'avènement de « wrong cases ».

807. Par ailleurs, force est de constater que le transfert vers l'OMC du domaine de la propriété intellectuelle n'a pas mis à l'écart l'OMPI dans le domaine du règlement des différends. Au contraire, cette organisation a joué un rôle positif dans le règlement des différends relatifs au respect des obligations découlant notamment des Conventions de Paris et de Berne auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie. Les Groupes spéciaux chargés de ces affaires ont toujours joué la carte de la coopération avec l'OMPI en sollicitant son Bureau international pour leur fournir des renseignements sur les dispositions pertinentes des Conventions internationales qu'elle administre et auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie. De surcroît, s'il n'est nullement fait mention de la spécialisation des membres des Groupes spéciaux dans le domaine qu'ils sont appelés à connaître, dans certaines affaires relatives aux ADPIC, certains membres des Groupes spéciaux, particulièrement ceux nommés par le Directeur général de l'OMC, étaient des anciens Directeurs généraux adjoints de l'OMPI ce qui est une preuve de plus de la bonne relation entre ces deux organisations.

808. Enfin, l'analyse pratique des solutions obtenues des différends relatifs aux ADPIC, a montré l'incontournable rôle de l'ORD dans le règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC et, partant, dans le respect des engagements contractés en vertu de cet accord. En effet, grâce à l'autorité qu'il dégage, une grande proportion de différends a trouvé une solution, soit par la négociation bilatérale, soit par la mise en œuvre des décisions et recommandations contenues dans les rapports adoptés des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel saisis à cet effet. Compte tenu du bilan satisfaisant dans le règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC, on peut conclure que le système de règlement des différends l'OMC s'est bien adapté au domaine de la propriété intellectuelle et se révèle

prometteur pour apporter des solutions au problème du respect des engagements pris dans ce domaine.

LISTES DES TABLEAUX

Tableau n°1 : Les affaires soumises à ce jour à l'ORD au titre de l'Accord sur les ADPIC.....	39
Tableau n°2 : Les plaintes portées par l'Europe devant l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC (1995-2017).....	69
Tableau n°3 : Les principaux domaines d'application des droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les ADPIC.....	106
Tableau n°4 : Les différends relatifs aux ADPIC ayant trouvé une solution mutuellement satisfaisante dans la phase de consultations.....	168
Tableau n°5 : Exemples de différends relatifs aux ADPIC et leurs durée de consultations.....	179
Tableau n°6 : Les délais raisonnables mutuellement convenus par les parties au différend conformément à l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord.....	232
Tableau n°7 : Les décisions arbitrales rendues dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord.....	237
Tableau n°8 : Les règlements amiables notifiés officiellement à l'ORD dans le domaine des ADPIC.....	285
Tableau n°9 : Les différends relatifs aux ADPIC à l'état inactif (6 cas).....	304
Tableau n°10 : Les différentes affaires relatives aux ADPIC mettant en cause l'Europe ayant abouti à un règlement amiable.....	318
Tableau n°11 : Affaires ayant donné lieu à un rapport du Groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel.....	325
Tableau n°12 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Inde — Brevets</i> (plainte des États-Unis, WT/DS50).....	328
Tableau n°13 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Inde — Brevets</i> (plainte des Communautés européennes, WT/DS79).....	334
Tableau n°14 : Résumé du calendrier de la procédure du règlement du différend <i>Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques</i> (WT/DS114).....	336
Tableau n°15 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Canada — Durée d'un brevet</i> (WT/DS 170).....	342
Tableau 16 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Indonésie — Autos</i> (WT/DS59).....	345

Tableau n°17 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Communautés européennes — Marques et indications géographiques</i> (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l’Australie, WT/DS290).....	347
Tableau n°18 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits</i> (WT/DS176).....	354
Tableau n°19 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d’auteur</i> (WT/DS160).....	360
Tableau n°20 : Résumé du calendrier de la procédure de règlement du différend <i>Chine — Droits de propriété intellectuelle</i> (WT/DS362).....	366
Tableau n°21 : La structure de l’article 9:2 de la Convention de Berne et des articles 13, 30 et 17 de l’Accord sur les ADPIC.....	432

LISTE DES ANNEXES

Annexe I : Extraits du projet de Bruxelles de 1990 reproduisant les trois textes du projet de l'Accord sur ADPIC en matière de règlement des différends.

Annexe II : Répartition des différends relatifs aux ADPIC par Membre (1995-2017).

Annexe III : L'organigramme du processus de règlement des différends.

ANNEXE I :

Extraits du projet de Bruxelles de 1990 reproduisant les trois textes du projet de l'Accord sur ADPIC en matière de règlement des différends

Texte I.

1. Les consultations et le règlement des différends portant sur toute question concernant le fonctionnement du présent accord seront placés sous l'autorité du Comité des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

2. Les procédures de consultation et de règlement des différends suivront, mutatis mutandis, dans toute la mesure du possible celles qui auront été adoptées par les PARTIES CONTRACTANTES à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce à la suite des négociations sur le règlement des différends de l'Uruguay Round. Dans ce cadre général, les dispositions spécifiques concernant les différends relevant du présent accord s'appliqueront de la manière suivante:

a) Si, à la fin de la période prévue pour les consultations, les PARTIES à un différend ne sont pas arrivées à un accord, le différend sera soumis à la conciliation, à la médiation et aux bons offices, sous l'égide du Président du Comité des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

b) Si la procédure visée à l'alinéa a) ne permet pas d'arriver à un règlement dans les 30 jours, la PARTIE plaignante pourra demander l'établissement d'un groupe spécial.

c) Pour qu'il soit possible de faire appel à des experts spécialisés dans les questions de propriété intellectuelle, une liste d'experts en la matière sera établie par le Comité des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Ces experts seront disponibles pour aider à la conciliation, à la médiation et aux bons offices; pour faire partie de groupes spéciaux; et pour donner des conseils techniques aux groupes spéciaux.

d) Si une PARTIE ne met pas en œuvre les recommandations et décisions du Comité dans un délai raisonnable, la PARTIE plaignante pourra:

- demander au Comité l'autorisation de suspendre des obligations au titre du présent accord; ou

- demander au Conseil du GATT l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Si la PARTIE visée par de telles mesures conteste le niveau de la suspension proposée, la question sera soumise à arbitrage. Dans les cas où cela sera possible, l'arbitrage sera confié au groupe spécial initial. L'organe d'arbitrage déterminera si le quantum des échanges visés est justifié compte tenu des circonstances.

Texte II :

1 a) Lorsqu'un différend surgira au sujet de l'interprétation ou de la mise en œuvre du présent accord, une PARTIE pourra porter la question à l'attention d'une autre et demander à celle-ci de se prêter à des consultations.

b) La PARTIE à qui une telle demande sera adressée se prêtera dans les moindres délais aux consultations demandées.

c) Les PARTIES engagées dans des consultations s'efforceront d'arriver, dans un délai raisonnable, à une solution mutuellement satisfaisante du différend.

2. Si une solution mutuellement satisfaisante n'intervient pas dans un délai raisonnable par la voie des consultations visées au paragraphe 1, les PARTIES parties au différend

pourront convenir de recourir à d'autres moyens dont l'objet est de permettre un règlement à l'amiable du différend, tels que les bons offices, la conciliation, la médiation ou l'arbitrage.

3 a) Si le différend n'est pas réglé de manière satisfaisante par la voie des consultations visées au paragraphe 1 ou si les moyens visés au paragraphe 2 ne sont pas employés ou ne permettent pas un règlement à l'amiable dans un délai raisonnable, le Comité, à la demande de l'une ou l'autre des PARTIES parties au différend, chargera un groupe spécial, composé de trois membres, d'examiner la question. A moins que les PARTIES parties au différend n'en conviennent autrement, les membres du groupe spécial ne viendront pas de l'une ou l'autre de ces PARTIES. Ils seront choisis sur une liste d'experts gouvernementaux désignés, qui aura été établie par le Comité. Le mandat du groupe spécial sera arrêté d'un commun accord entre les PARTIES parties au différend. S'il n'y a pas accord dans un délai de trois mois, le Comité fixera le mandat du groupe spécial après avoir consulté les PARTIES parties au différend et les membres du groupe. Celui-ci ménagera aux parties au différend et à toute autre PARTIE intéressée toute possibilité de lui exposer leurs vues. Si les deux PARTIES parties au différend lui en font la demande, le groupe spécial mettra un terme à ses travaux.

b) Le Comité adoptera des règles pour l'établissement de ladite liste d'experts et la façon de choisir les membres d'un groupe spécial, qui seront des experts gouvernementaux des PARTIES, ainsi que pour la conduite des travaux du groupe spécial, y compris des dispositions visant à préserver la confidentialité de ces travaux et de toutes données qualifiées de confidentielles par tout participant à ces travaux.

c) A moins que les PARTIES parties au différend n'arrivent à se mettre d'accord avant que le groupe spécial n'achève ses travaux, celui-ci élaborera dans les moindres délais un rapport et le remettra aux PARTIES parties au différend pour examen. Les PARTIES parties au différend disposeront d'un délai raisonnable, dont la durée sera fixée par le groupe spécial, pour présenter toutes observations sur le rapport du groupe, à moins qu'elles ne conviennent d'un délai plus long lorsqu'elles s'efforceront d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante de leur différend. Le groupe spécial tiendra compte de ces observations et transmettra dans les moindres délais son rapport au Comité. Le rapport exposera les faits et contiendra des recommandations en vue du règlement du différend; il sera accompagné des observations écrites éventuelles des PARTIES parties au différend.

4. Le Comité procédera dans les moindres délais à l'examen du rapport du groupe spécial. Par consensus, il formulera des recommandations à l'intention des PARTIES parties au différend, sur la base de son interprétation du présent accord et du rapport du groupe spécial. Par la suite, il surveillera la mise en oeuvre de ses recommandations.

Texte III

Les PARTIES conviennent que, dans le domaine des droits de propriété intellectuelle liés au commerce qui sont visés par le présent accord, elles se conformeront, à l'égard les unes des autres, aux règles et procédures de règlement des différends adoptées par les PARTIES CONTRACTANTES à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce à l'issue des négociations de l'Uruguay Round sur le règlement des différends, ainsi qu'aux recommandations et décisions des PARTIES CONTRACTANTES.

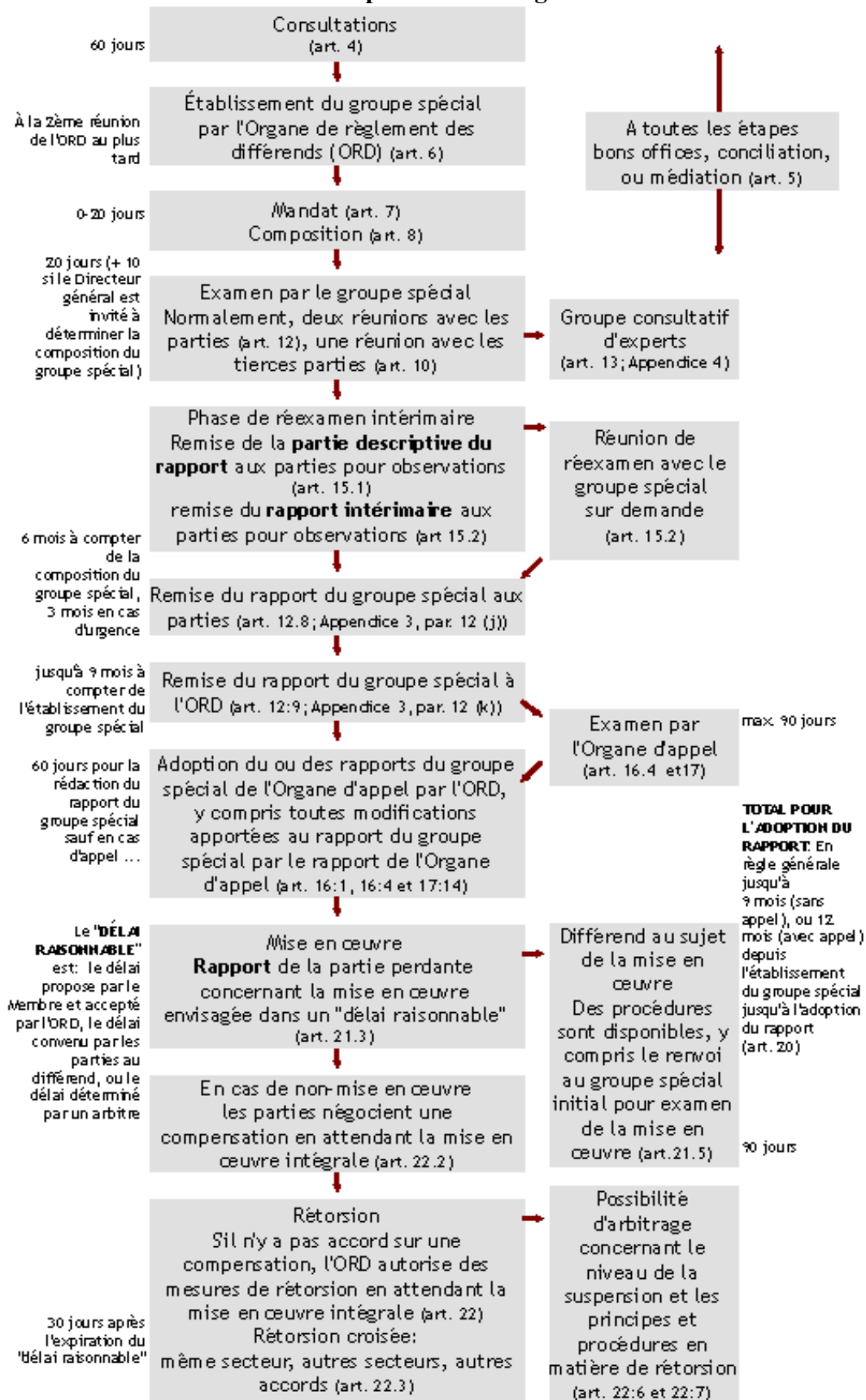
ANNEXE II

Répartition des différends relatifs aux ADPIC par Membre de l'OMC (1995-2017)²⁶¹³

Les Membres intervenants dans le cadre des différends relatifs aux ADPIC	En tant que plaignant (nombre de fois)	En tant que défendeur (nombre de fois)
Les États-Unis	17 affaires : DS28, DS36, DS37, DS50, DS59, DS82, DS83, DS86, DS115, DS124, DS125, DS170, DS171, DS174, DS196, DS199, DS362	4 affaires : DS160, DS170, DS186, DS224,
L'Union européenne/ Communautés européennes	7 affaires : DS42, DS79, DS114, DS160, DS176, DS186, DS372	7 affaires : DS115, DS124, DS153, DS174, DS290, DS408, DS409
Canada	1 affaire : DS153	2 affaires : DS114, DS170,
Brésil	2 affaires : DS224, DS409,	1 affaires : DS199
Australie	1 affaire : DS290	5 affaires : DS434, DS435, DS441, DS458, DS467
Inde	1 affaire : DS408	2 affaires : DS50, DS79
Japon	0 affaire	2 affaires : DS28, DS42
Argentine	0 affaire	2 affaires : DS171, DS196
Chine	0 affaire	2 affaires : DS362, DS372
Portugal	0 affaire	1 affaire : DS37
Pakistan	0 affaire	1 affaire : DS36
Indonésie	1 affaire : DS467	1 affaire : DS59
Irlande	0 affaire	1 affaire : DS82
Danemark	0 affaire	1 affaire : DS83
Suède	0 affaire	1 affaire : DS86
Grèce	0 affaire	1 affaire : DS125
Ukraine	1 affaire : DS434	0 affaire
Honduras	1 affaire : DS435	0 affaire
République dominicaine	1 affaire : DS441	0 affaire
Cuba	1 affaire : DS458	0 affaire

²⁶¹³ Liste réalisée à partir des données de l'OMC.

Annexe III: Schéma du processus de règlement des différends de l'OMC



BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- I. Traités, Ouvrages généraux, Manuels, Dictionnaires, Cours et Encyclopédies
 - A. Traités, Ouvrages généraux, Manuels et dictionnaires
 - B. Cours et Encyclopédies
 - 1- Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
 - 2-Encyclopédies juridiques
- II. Ouvrage spécialisés
- III. Chroniques, articles de revues, actes de colloques et contributions à des ouvrages collectifs
- IV. Rapports, Thèses et Mémoires
 - A- Rapports
 - B- Thèses et Mémoires
- V. Jurisprudence
 - A. Rapports et décisions des organes de règlement des différends du GATT/OMC
 - 1. Rapports des Groupes spéciaux du GATT de 1947
 - 2. Rapports des Groupes spéciaux de l'OMC
 - 3. Rapports de l'Organe d'appel
 - 4. Décisions arbitrales
 - B. Arrêts et avis de la Cour de Justice des Communautés européennes/Union européenne
- VI. Documents officiels du GATT, OMC et de l'OMPI
 - A. Documents officiels du GATT
 - B. Documents officiels de l'OMC
 - 1. Comptes-rendus des réunions de l'ORD
 - 2. Compte-rendus des réunions du Conseil des ADPIC, notes du Secrétariat et communications des Membres sur la question des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation
 - 3. Documents officiels de l'OMPI
- VII. Publications de l'OMC
- VIII. Articles de journaux et Communiqués de presse
- IX. Autres documents
- X. Sites internet

I. Traités, Ouvrages généraux, Manuels, Dictionnaires, Cours et Encyclopédies

A. Traités, Ouvrages généraux, Manuels et Dictionnaires

- AMSELEK P.(dir.)**, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 245 p.
- CACHARD O.**, *Droit du commerce international*, manuel, 2^{ème} éd, L.G.D.J, 2011, 616 pages.
- CARREAU D. ET JUILLARD P.**, *Droit international économique*, 5^{ème} éd, Précis, Dalloz, 2013, 802 p.
- COLLECTIF LE ROBERT P.**, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008*, Le Robert, 2007, 2840 p.
- COMBACAU. J et SUR. S.**, *Droit international public*, 11^{ème} éd, L.G.D.J, 2014, 830 p.
- CORTEN O. ET P. KLEIN P. (dir.)**, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, 3024 p.
- DAILLIER. P, FORTEAU M. ET PELLET. A.**, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2009, 1709 p.
- DE VISSCHER CH.**, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.
- DESBOIS H., FRANÇON A. ET KEREVER A.**, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976, 452 p.
- FRYDMAN B.**, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant/ Paris, LGDJ, 2005, n° 1, 696 p.
- HAQUANI Z., SAUNIER PH. ET MAJZA B.**, *Droit international économique*, ellipses, 2006, 236 p.
- KOLB R.**, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 959 p.
- LANDAU A.**, *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales. Le cas de l'Uruguay Round*, Coll. Axes Savoir, Bruxelles, Bruylant/ Paris, LGDJ, 1996, 212 p.
- LUCAS A. ET LUCAS. H.-J.**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, Paris, Litec, 2006, 1210 p.
- OST F. ET VAN DE KERCHOVE. M.**, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p.
- PIOTRAUT J.-L.**, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, 2004, 240 p.
- RACINE J.-B., ET SIIRIAINEN F.**, *Droit du commerce international*, Coll. Cours Dalloz-Série Droit privé, Paris, Dalloz, 2007, 453 p.
- RICKETSON S. & GINSBURG. J.C.**, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Second Edition, 2 Volumes, New York, Oxford University Press, 2006, 1640 p.
- RICKETSON S.**, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886–1986*, London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Kluwer, 1987,1030 p.
- SCELLE G.**, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Deuxième partie, Droit constitutionnel international, Paris, Recueil Sirey, 1934. 563 p.

- SIMON D.**, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologies des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.
- SUR S.**, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, 449 p.
- TEHINDRAZANARIVELO D.L.**, *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires. Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Genève-Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Paris, PUF, 2005, 526 p.
- VELLAS P.**, *Aspects du droit international économique*, L'institut d'études politiques de Toulouse, Pedone, 1990, 237 p.
- VINCENT PH.**, *Institutions économiques internationales*, coll. Droit international, Bruxelles, Larcier, 2009, 352 p.
- VIVANT M.** (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2004, 185 p.
- World Intellectual Property Organization**, *Introduction to Intellectual Property Theory and Practice*, Kluwer International, London, The Hague, 1997, 644 p.
- ZENATI F.**, *La jurisprudence, Méthodes du droit*, Paris, Dalloz, 1996, 281p.

B. Cours et Encyclopédies

1- Cours de l'Académie de Droit International de la Haye

- ABI- SAAB G.**, « Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1987-VII, vol. 207, pp. 9-464.
- DE VISSCHER P.**, « Cours générale de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972, vol.136, pp. 1-202.
- LONG O.**, « La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatérale du GATT », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1983-IV, vol. 182, pp.9-142.
- MBAYE K.**, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1988-II, vol.209, pp. 223-345.
- YASSEEN M.K.**, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1976, vol. 151, pp.1-114.
- QUENEUDEC J.-P.**, « La notion d'Etat intéressé en droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1995, vol. 255, pp. 339-461.
- SCHACHTER O.**, «International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1982-V, vol.178, pp. 9-396.

2-Encyclopédies juridiques

- BLIN O.**, « Union européenne et organisation mondiale du commerce (OMC). – Aspects matériels », *JurisClasseur Europe Traité*, 07 octobre 2012, fasc. 2261.
- « Union européenne et Organisation mondiale du commerce (OMC) – Aspects institutionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, 07 octobre 2012, fasc. 2260.
 - « Europe et organisation mondiale du commerce (OMC) – Aspects matériels », *JurisClasseur Droit international*, 15 décembre 2009, fasc. 130-70.
- GADBIN G. ET HERVE A.**, « Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *JurisClasseur Europe Traité*, 22 août 2012, fasc. 2330.

- LE GOFFIC C.**, « Indications géographiques en droit international », *JurisClasseur Marques - Dessins et modèles*, 2011, fasc. 270.
- MONNIER P. ET RUIZ FABRI H.**, « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », *Juris-Classeur Droit international*, 2009, fasc. 130-10.
- ROSTANE M. ET MONNET CH. J.**, « Ordre juridique de l'Union européenne – Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, 06 février 2013, fasc. 195.
- RUIZ FABRI H.**, « Organisation Mondiale du Commerce. Droit institutionnel », *Juris-Classeur Droit international*, 1998, fasc 130-10.
- « Organisation Mondiale du Commerce. Panorama du règlement des différends », *Juris-Classeur Droit international*, 1998, fasc 130-15.
- SOULIER G.**, « UNION EUROPÉENNE – Histoire de la construction européenne », *Juris Classeur Droit international*, Actualisé par Olivier Descamps, 10 décembre 2012, fasc. 161-1.
- THILLIER A.**, « Politique commerciale commune », *JurisClasseur Europe*, 1^{er} janvier 2007, fasc. 2300.

II. Ouvrages spécialisés

- BEIER F.-K. & SCHRICKER G.** (eds.), *From GATT to TRIPS – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, IIC Studies, volume 18, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1996, 504 p.
- BEIER F-K & GERHARD SCHRICKER. G.** (eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, 405 p.
- BERTHELOT E.**, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, Publication du Centre de Recherches Européennes (CEDRE), Pôle européen Jean-Monnet, Université de Rennes I, Editions Apogée, 2001, 152 p.
- BLAKENEY M.**, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, London, Sweet & Maxwell, 1996, 223 p.
- BLIN O.** (dir.), *Regard croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 117 p.
- *L'Organisation mondiale du commerce*, Coll. « Mise au point », Paris, ellipses, 1999, 95 p.
- BREGER T.**, *L'accès aux médicaments des pays en développement. Enjeu d'une rénovation des politiques de développement*, L'Harmattan, 2011, 750 p.
- CANAL- FORGUES E.**, *Le règlement des différends de l'OMC*, 3^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p.
- *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 687 p.
- CANAL-FORGUES E. ET FLORY TH.**, *GATT/OMC. Recueil des contentieux du 1^{er} janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1229 p.
- CORREA C.M.** (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules*. Intellectual Property in the WTO Volume II, Edward Elgar, 2010, 320 p.
- *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*. Intellectual Property in the WTO, Volume I, Edward Elgar, 2010, 768 p.

- Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*, OXFORD, 2007, 616 p.
- CÔTÉ. CH.-E.**, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, coll. Mondialisation et droit international, Bruylant, Editions Yvons Blais, 2007, 636 p.
- CULOT H.**, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Larcier, Coll. Droit/Economie internationale, 2014, 694 p.
- DAILLIER P., DE LA PRADELLE G. ET GHERARI H.**(dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, 1119 p.
- DEERE. D.**, *The implementation Game. The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford, University Press, 2009, 409 p.
- DELCOURT D.**, *Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments. Vers l'insertion du « modèle européen » de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral*, Coll. Droit de la Santé, Presse Universitaire d'Aix-Marseille P.U.A.M, 2011, 498 p.
- FILALI O.** (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation : Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, 292 p.
- FLORY TH.**, *L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 248 p.
- FRISON-ROCHE M.-A. ET ABELLO A.** (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, coll. Droit Economie, Paris, LGDI, 2005, 437 p.
- GAD M.O.**, *Representational Fairness in WTO Rule-Making. Negotiating, Implementing, and Disputing the TRIPS Pharmaceutical –Related Provisions*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2008, 333 p.
- GARCIA TH. ET TOMKIEWICZ V.** (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujet de droit*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009, Bruylant, 2011, 314 p.
- GERVAIS D.**, *L'Accord sur les ADPIC*, avec la collaboration d'Isabelle Schmitz, Coll Création Information Communication, Larcier, 2010, 734 p.
- GUEVREMONT V.**, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, coll. Mondialisation et droit international, Bruylant, 2013, 640 p.
- JOUANNEAU D.**, *L'Organisation Mondiale du Commerce*, coll. Que sais-je ?, 4^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, 128 p.
- *Le GATT et l'Organisation Mondiale du Commerce*, coll. Que sais-je ?, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, 126 p.
- JOURDAIN-FORTIE C.**, *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Paris, Litec, 2006, 682 p.
- KIM D.-W.**, *Non-violation Complaints in WTO Law: Theory and Practice*, Studies in Global Economic Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 1 ed, 2006, 301 p.
- KUR A. (ed.)** *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System. Proposals for Reform of TRIPS*, with the assistance of Marianne Levin, Edward Elgar publishing, 2011, 614 p.
- LAGELLE A.**, *La Flexibilité dans les Accords de l'OMC*, Editions Connaissances et Savoirs, 2010, 306 p.

- LESAFFRE H.**, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, coll. Thèse, Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 121, Paris, L.G.D.J, 2007, 632 p.
- LICKOVA M.**, *La Communauté européenne et le système GATT/OMC. Perspectives croisées*, CERDIN Paris I, Perspectives Internationales n°25, Paris, Pedone, 2005, 201 p.
- LUFF D.**, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant, LGDJ, 2004, 1284 p.
- MALBON J. & LAWSON CH.** (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, 200 p.
- MALINVERNI G.**, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Genève, Leiden, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1974, 251 p.
- MALJEAN-DUBOIS. S.** (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Travaux du CERIC, Bruylant, CERIC, 2003, 536 p.
- MENÉTREY S.**, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010, 506 p.
- MOINE-DUPUIS I.** (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005-Dijon, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne, CNRS, LexisNexis Litec, 2007, 500 p.
- MORIN J.-F.**, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, coll. Droit/ Économie internationale, Bruxelles, Larcier, 2007, 577 p.
- NEFRAMI E.**, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, 216 p.
- NGAMB J.**, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, 2010, Bruxelles, Bruylant, 598 p.
- OSMAN (F.)**, (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, 292 p.
- PACE V.**, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000, 480 p.
- PANTZ D.**, *Institutions et politiques commerciales internationales. Du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, 1998, 223 p.
- RAINELLI M.**, *L'Organisation mondiale du commerce*, Coll. Repères, 7^{ème} ed, Paris, La Découverte, 2004, 123 p.
- REMICHE B. ET RUIZ FABRI H.** (dir.), *Le commerce international entre bi-et multilatéralisme*, coll. Droit/Économie Internationale, Bruxelles, Larcier, 2010, 400 p.
- REMICHE B.** (dir.), *Brevets, innovation et intérêt général. Le brevet : pourquoi et pourquoi faire ?*, Colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Coll. Droit/Économie Internationale, Larcier, 2006, 608 p.
- REMICHE B. ET CASSIERS V.**, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire. Créer, protéger les inventions au XXI^e siècle*, coll. Manuels Larcier, Larcier, 2010, 744 p.
- REMICHE B. ET KORS. J.** (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, coll. Droit/Économie Internationale, Larcier, 2007, 560 p.

- RUIZ FABRI H ET SOREL. J.-M.** (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Coll. Contentieux Internationaux, Paris, Pedone, 2010, 302 p.
- RUZEK V.**, *L'action extérieure de la Communauté européenne en matière de droits de propriété intellectuelle. Approche institutionnelle*, Centre d'excellence Jean-Monnet, Université Rennes 1, Publication du Centre de Recherches Européennes (CEDRE), Editions Apogée, 2007, 143 p.
- SCHMIED F.**, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres. L'invocabilité au service de l'influence de l'Union sur la mondialisation du droit*, Coll. des Thèses, n°67, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J, 2013, 606 p.
- SEN J.**, *Negotiating the TRIPs Agreement: India's experience and some domestic policy issues*, CUTS Centre for International Trade, Economics & Environment, 2001, 45 p.
- SHADIKHODJAEV S.**, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 2009, 292 p.
- SODIPO. B.**, *Piracy and Counterfeiting. GAT, TRIPS, and Developing Countries*, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1997, 324 p.
- STERN B ET RUIZ FABRI. H** (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case Law of the WTO 1996-1997*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2004, 354 p.
- *La jurisprudence de l'OMC / The Case Law of the WTO 1998-1* Leiden/Boston, Nijhoff, 2005, 566 p.
 - *La jurisprudence de l'OMC / The Case Law of the WTO 1998-2*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006, 448 p.
- STOLL P.-T., BUSCHE J. AND AREND K.** (eds), *WTO–Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2009, 910 p.
- TAUBMAN. A.**, *A Pratical Guide to Working with TRIPS*, OXFORD, University Press, 2011, 256 p.
- TAXIL B.**, *L'OMC et les pays en développement*, Perspectives internationales, CEDIN, Paris, Montchrestien, 1998, 179 p.
- TOMKIEWICZ V.** (dir.) *Les source et les normes dans le droit de l'OMC*, avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, 318 p.
- *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, 2014, 268 p.
- UNCTAD- ICTSD**, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, 829 p.
- VINCENT PH.**, *L'OMC et les pays en développement*, coll. Droit international, Bruxelles, Larcier, 2010, 400 p.
- WATAL J.**, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Netherlands, Kluwer Law International, 2001, 512 p.
- YAMANE H.**, *Interpreting TRIPS. Globalisation of intellectual Property Right and Access to Medicines*, OREGON, Oxford and Portland, 2011, 535 p.
- ZHANG S.**, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*, Paris, LITEC, 1994, 383 p.

III. Chroniques, articles de revues, actes de colloques et contributions à des ouvrages collectifs

- ABBAS M.**, « L'accession à l'OMC » Quelles stratégies pour quelle intégration à la mondialisation ? », *Confluences Méditerranée*, 2009/4, n°71, pp. 101-118.
- ABBOTT F. M.**, “Commentary: The international Intellectual Property Order Enters the 21st Century”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, vol.29, pp. 471- 479.
- “Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol.22, n°4, pp. 689-745.
 - “The Future of the Multilateral Trading System in the Context of TRIPS”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Spring 1997, vol.20, pp. 661-682.
 - “Distributed Governance at the WTO-WIPO: An Evolving Model for Open-Architecture Integrated Governance”, *Journal of International Economic Law*, 2000, vol. 3, pp. 63-81.
 - “ Toward a New Era of Objective Assessment in The Field of TRIPS and Variable Geometry For The Preservation of Multilateralism”, *Journal of International Economic Law*, 2005, vol.8, pp.77-100.
 - “Bob Hudec as Chair of the Canada-Generic Pharmaceuticals Panel-The WTO Gets Something Right”, *Journal of International Economic Law*, 2003, n°6, pp. 733-737.
En ligne : <http://frederickabbott.com.webmatrix-appliedi.net/Portals/0/Documents/Hudec%20Tribute%20JIEL.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- ABDELGAWAD W., JOURDAIN-FORTIER C. ET MOINE-DUPOUIS I.**, « Chronique de jurisprudence. Chronique du règlement des différends de l’OMC (2006-2008) », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2008, n°3, pp. 357-393.
- ABELLO A.**, « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, pp. 341-372.
- ABI-SAAB G.**, « Le règlement des différends à l’OMC et le droit international général », in R.Yerxa et B.Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 7-11.
- « « Interprétation » et « Auto-Interprétation ». Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in *Mélanges Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, pp. 9-19.
- ADELMAN M. J. & BALDIA. S.**, “ Prospects and Limits of the Patent Provision in the TRIPS Agreement: The Case of India”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, vol.29, pp. 507-533.
- ANDERSEN S.**, « Administration des éléments de preuves dans les procédures de règlement des différends à l’OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 192-206.
- ANDRIANARIVONY M. J.**, « Un Panel institué dans le cadre de l’Organisation mondiale du commerce n’est-il pas une juridiction ?, *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2000, n°3, pp. 1181-1202.
- « L'Organe d'appel au sein de l'O.M.C: une institution originale investie d'une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d'un droit international de la concurrence) », *Revue Belge de Droit International*, 2000, n°1, pp. 276-340.
- ANGELET N.**, « Le tiers à l’instance dans la procédure de règlement des différends de l’OMC », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l’instance devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Paris, Pedone, 2005, pp. 207-238.

- ARHEL P.**, « L'Accord commercial anticontrefaçon », *Propriété industrielle*, septembre 2009, étude 17, n° 9, pp. 15-17.
- « Propriété intellectuelle. Approche ADPIC-Plus : l'exemple de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc », *Propriété industrielle*, janvier 2008, étude 2, n°1, pp. 14-18.
 - « Rétenion de génériques en transit dans l'Union européenne », *Propriété industrielle*, avril 2010, étude 7, n° 4, pp. 8-10.
 - « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, 24 août 2007, n°170, pp. 3-8.
 - « Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique », *Propriété Industrielle*, juillet-août 2007, n°7, pp. 13 et s.
 - « Propriété intellectuelle, Différend États-Unis–Chine concernant les droits de propriété intellectuelle », *Les Petites affiches*, 05 mai 2009, n°89, pp. 9-14.
 - « ADPIC-Plus : l'exemple de l'accession à l'OMC de la Chine, du Cambodge et de l'Arabie Saoudite », *Les Petites Affiches*, 16 novembre 2007, n°230, pp. 4-7.
 - « Cycle de Doha: bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, 2007, n°28, pp. 1984 -1990.
 - « Propriété intellectuelle : Contribution de la Communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique », *Les Petites Affiches*, octobre 2007, n° 204, p. 6.
 - « Travaux de l'Organisation mondiale du commerce visant à étendre et à faciliter la protection des indications géographiques », *Propriété Industrielle*, mars 2007, n°3, pp. 7 et s.
 - « Registre multilatéral des indications géographiques. Travaux récents de l'OMC », *Propriété industrielle*, étude 3, n° 2, février 2009, pp. 11 et s.
 - « ADPIC et santé publique », *Les Petites affiches*, n°99, 19 mai 2009, pp. 6-12.
- ARUP C.**, “TRIPS as competitive and cooperative interpretation”, in J. Malbon and Ch. Lawson (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair ?*, Edward Elgar, 2008, pp. 6-30.
- ASCENSIO H.**, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, n°4, pp. 897-929.
- « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, S.F.D.I, Paris, Pédone, 2002, pp. 163-202.
 - « Rapport introductif », in *L'entreprise dans la société internationale*, H.Gherari et Y. Kerbrat (dir.), Colloque des 11 et 12 décembre 2008, Les Journées du CERIC- Aix-en Provence, Paris, Pedone, 2010, pp. 13-41.
- AUVRET-FINCK J.**, « Jurisprudence. Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, avril-juin 1995, n°2, pp. 322-336.
- BACHAND R.**, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XXe siècle », *Revue Belge de Droit International*, 2006, n°1, pp. 173-195.
- BAKARDJIEVA ENGELBREKT A.**, “The WTO dispute settlement system and the evolution of international IP law: an institutional perspective”, in A. Kur (ed.) and M. Levin (contributor), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Edward Elgar publishing, 2011, pp.106-166.
- BALMOND L.**, « Les sources du droits de l'Organisation mondiale du commerce », in V. Tomkiewicz (dir.), avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, colloque de Nice 24-25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 11- 25.
- BARRE-PEPIN M.**, « La mondialisation du système de brevet et la contrefaçon de médicaments », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Litec, 2007, pp. 185-218.

- BARTELS L.**, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, 2001, vol.35, issue 3, pp. 499–519.
- BELLO J. H.**, “Some Practical Observations About WTO Settlement of Intellectual Property Disputes”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 1997, vol. 37, pp. 357-367.
- “The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More”, *American Journal of International Law* July, 1996, vol.90, pp 16-418.
- BENABOU V.-L.**, « Puiser à la source du droit d’auteur », *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, avril 2002, n°1921, pp.2-109.
- BENDER. T.**, “How to Cope with China’s (Alleged) Failure to Implement the TRIPS Obligations on Enforcement”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2006, vol. 9, issue 2, pp. 230–250.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A.**, « L’Accord ADPIC et le transfert de technologie », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L’Accord ADPIC: dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l’Association internationale de droit économique, 2007, Larcier, pp. 259-283.
- BERGÉ. J.-S.**, « Chapitre 39. Les principes de protection », in P. Daillier, G. De La Pradelle, H. Ghérari (dir.), *Droit de l’économie internationale*, Centre de droit international de l’Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, pp. 451-460.
- BERROD. F.**, « La Cour de justice refuse l’invocabilité des accords OMC: essai de régulation de la mondialisation. A propos de l’arrêt de la Cour de justice du 23 novembre 1999, Portugal c/ Conseil (accords textiles avec le Pakistan et l’Inde, aff. C-149/96, Rec. p. I-8395) », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 36, n° 3, 2000, pp. 419-450.
- BESHKAR M. & BOND E.W.**, “The Theory of Dispute Resolution with Application to Intellectual Property Rights”, K.E. Maskus (ed.), *Intellectual Property, Growth and trade*, Amsterdam, Elsevier, 2008, pp. 391-422.
- BIADGLENG. E. T.**, “The development-balance of the TRIPS agreement and enforcement of intellectual property rights”, in J. Malbon and Ch. Lawson (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, pp. 97-130.
- BLIN O.**, « OMC et imputabilité : le cas de l’Union européenne », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, 2014, pp. 181-197.
- « La stratégie communautaire dans l’Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, janvier –Février –Mars 2006, pp. 91- 125.
- « Les sanctions dans l’Organisation mondiale du commerce », *Journal du droit international (Clunet)*, Avril-Mai-Juin 2008, n°2, doctrine 5, pp. 441-466.
- « L’apport de la Constitution européenne à la politique commerciale de l’Union », *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2005, n°485, pp.89-100.
- « L’article 113 après Amsterdam », *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1998, n°420, p. 447-456.
- BOISSON DE CHAZOURNES L. ET MBENGUE M.M.**, « L’amicus Curiae devant l’Organe de règlement des différends de l’OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l’Organisation Mondiale du Commerce et protection de l’environnement*, CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 400-443.
- BOISSON DE CHAZOURNES L.**, « L’arbitrage à l’OMC », *Revue de l’arbitrage*, 2003, n°3, pp. 949 -988.
- « Le rôle des organes de règlement des différends de l’OMC dans le développement du droit international de l’environnement : entre le marteau et l’enclume », in S. Maljean-Dubois, *Droit de l’Organisation Mondiale du Commerce et protection de l’environnement*, CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 379-400.

- BORGES BARBOSA D.**, « ADPIC, première décennie : droits d'auteur et accès à l'information. Perspective latino-américaine », in B. Rémiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp. 373-446.
- BOVAL B.**, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », in *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Colloque de Nice, Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, pp. 131-152.
- BOY L.**, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, n°3, pp. 471-493.
- BOURGEOIS J.**, “The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94 : an Echternach Procession”, *Common Market Law Review*, 1995, n°32, pp. 763-787.
- BRAGA C. A. P.**, “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol.22, pp. 243-264.
- BRENNAN D.J.**, “The three step test frenzy - why the TRIPs panel decision might be considered per incuriam”, *Intellectual Property Quarterly*, 2002, 2, pp. 212-225.
- BRONCKERS M.C.E.J.**, « Une mise en garde contre des tendances antidémocratiques à l'OMC : De meilleurs règles pour un nouveau millénaire », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, novembre -décembre 1999, n°433, pp. 683-695.
- BROUDE T.**, “It’s Easily Done: The China-Intellectual Property Rights Enforcement Dispute and the Freedom of Expression”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, issue 5, pp. 660–673.
- BUDZINSKI O & MONOSTORI. K.**, “Intellectual Property Rights and the WTO: Innovation Dynamics, Commercial Copyrights and International Governance”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, April 2012, vol. 17, n°71, pp. 1-26.
- BURCH R.K., SMITH P.J.D. & WHEATLEY W.P.**, “Divergent Incentives to Protect Intellectual Property. A Political Economy Analysis of North-South Welfare”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 2, pp. 169-195.
- BURDA J.**, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue Québécoise de Droit International*, 2005, n°18.2, pp. 1-38, en ligne: <http://rs.sqdi.org/volumes/18.2 - burda.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- BURDEAU G.**, « Table ronde. La Communauté européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2000, pp. 417-420.
- BURGORGUE-LARSEN L.**, « À propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, n°2, pp. 373-390.
- BUSCH M L. ET REINHARDT E.**, « L'évolution du règlement des différends au GATT et à l'OMC », in J. M. Curtis et D. Ciuriak (éd.), *Les recherches en politique commerciale*, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2003, pp. 161- 208.
- CANAL-FORGUES É.**, « Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international », *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, pp. 901-937.
- « Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) », *Revue Générale de Droit International Public*, juillet 1994, pp. 689-707.

- « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, n°1, pp. 19-23.
 - « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Revue Générale de Droit International Public*, 1994, n°2, pp. 689-707.
 - « Le système de règlement des différends de l'OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges (problème juridiques)*, SFDI, Colloque de Nice, Paris, Pedone, 1996, pp. 281-292.
 - « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *Annuaire Français de Droit International*, 1996, n°42, pp. 845-863.
 - « Mutations de l'ordre juridique international et système de règlement de différends de l'OMC », p.7, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/omc/ECF.pdf> (consulté le 16 janvier 2016)
- CARON C.**, « propriété intellectuelle, Valse-hésitation à propos du rôle du droit communautaire de la propriété intellectuelle dans l'application des Accords ADPIC », *Communication-Commerce Electronique*, octobre 2001, n°10, pp. 13-14.
- « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux européens », *Communication Commerce Électronique*, 2007, comm. n°5, pp. 31-35.
- CARPENTIER M. et COTE R.**, « La Déclaration de Doha sur la santé publique : la bonne prescription ? Une perspective historique sur le débat concernant la protection par brevet des médicaments », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol. 46, n° 3, p. 717-748. Disponible à l'adresse suivante: <http://id.erudit.org/iderudit/043861ar> (consulté le 16 janvier 2017).
- CARREAU D. et JUILLARD P.**, « Bilan de recherches de la section de la langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie », in *l'Organisation mondiale du commerce*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, CEDRDI, London, Martinus Nijhoff publishers, 1997, pp. 17-58.
- CATTANEO O.**, "The Interpretation of the TRIPS Agreement Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 5, pp. 627-681.
- CAZALA J.**, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments extérieures à l'Organisation », *Revue Belge de Droit International*, 2005, n°1-2, pp. 527-558.
- « L'OMC à la carte ? Les aménagements conventionnels aux obligations des Membres permis par le droit conventionnel de l'Organisation mondiale du commerce », *Revue Générale de Droit International Public*, 2009, n°1, pp. 45-74.
- CHAISSÉ J.**, « L'énonciation des normes à caractère non commercial par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in Y. Schemeil et W.-D. Eberwein (dir.), *Normer le monde*, l'Harmattan, 2009, pp. 213-236.
- CHAMP P. & ATTARAN A.** "Patent Rights and Local Working Under the WTO TRIPS Agreement: an Analysis of the U.S.-Brazil Patent Dispute", *Yale Journal of International Law*, Summer 2002, vol.27, pp. 365-393.
- CHAPMAN R.**, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligation découlant de l'article 15(1) (c) du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bulletin du Droit d'Auteur*, juillet–septembre 2001, n°3, pp. 4-39. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.legavox.fr/blog/laboratoire-print/propriete-intellectuelle-droit-fondamental-1467.htm#.Um4waPILNXw> (consulté le 16 janvier 2016).
- CHARLIER C. & NGO M.-A.**, "An Analysis of the Dispute European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and

- Foodstuffs”, *Journal of World Intellectual Property*, 2007, vol.10, issue 3/4, pp. 171-186.
- CHARLIER C. ET RAINELLI M.**, « Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l’OMC. Le cas des Etats-Unis », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009, n°3, pp. 253-276.
- CHARLIER C.**, “Mandatory regulation versus discretionary regulation, unilateralism, and national treatment: an analysis of the United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 dispute”, in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*. Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 283-297.
- « La protection européenne des indications géographiques face au principe du traitement national de l’OMC », *Économie rurale*, 2007/3, n°299, pp.70-83. Disponible en ligne:<http://www.cairn.info/revue-economie-rurale-2007-3-page-70.htm>; [C.Charlier](#)(consulté le 16 janvier 2017).
 - « Le respect du traitement national dans le Règlement européen 2081/92 : une analyse du différend « Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires », in *Au nom de la qualité. Quelle(s) qualité(s) demain, pour quelle(s) demande(s)*, Actes du colloque SFER/ ENITA Clermont- Ferrand, 5-6 octobre 2005, pp. 441-447.
- CHATHÁIN C. N.**, “The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?”, *European Law Journal*, december 1999, vol.5, issue 4, pp.461-478.
- CHEVALLIER J.**, « Les interprètes du droit », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et Droit*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 115-130.
- CHO S.**, “GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are they the Achilles’ Heel of the Dispute Settlement Process?”, *Harvard International Law Journal*, 1998, vol.39, n° 2, pp. 311-356.
- CHOUKROUNE L.**, « Chine-OMC. L’État de droit par l’ouverture au commerce international ? », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, septembre 2002, n°6, pp. 655-672.
- CHRISTOPHE C.**, « Le respect du traitement national dans le Règlement européen 2081/92 : une analyse du différend « Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires », in *Au nom de la qualité. Quelle(s) qualité(s) demain, pour quelle(s) demande(s)*, Actes du colloque SFER/ ENITA Clermont- Ferrand, 5-6 octobre 2005, pp. 441-447.
- « La protection européenne des indications géographiques face au principe du traitement national de l’OMC », *Économie rurale*, 2007/3 n° 299, p. 70-83. En ligne: <http://www.cairn.info/revue-economie-rurale-2007-3-page-70.htm> (consulté le 26 janvier 2017).
- CHUA A. T.** , “*Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence*”, *Berkeley Journal of International Law*, 1998, vol.16, issue 2, pp. 171-196, disponible en ligne: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1413&context=bjil> (consulté le 26 janvier 2017).
- “The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports », *Leiden Journal of International Law*”, 1998, vol.11, issue 1, pp. 45-61.
- CIURIAK D. ET GASTLE CH. M.**, « Les dimensions sociales de la mondialisation : commentaires sur le choix social et la convergence », in J. M. Curtis et D. Ciuriak (éd.), *Les recherches en politique commerciale*, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2003, pp. 225-314, disponible en ligne :

- <http://publications.gc.ca/collections/Collection/E2-211-2003F.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- CLIFT C.**, “Way IPR issues were brought to GATT: a historical perspective on the origins of TRIPS”, in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO*, Volume I, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 3-21.
- COMBE N. ET PFISTER N.**, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale*, 2001/1, n°85, pp. 63-81, en ligne à l’adresse suivante : http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI_85-3.pdf (consulté le 27 janvier 2017).
- COMTE H.**, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 20-23.
- CONSTANTINESCO V.**, « Compétences externes de l’Union européenne », *Journal du Droit International*, 1995, n°2, pp. 412-419.
- CORDRAY M. L.**, “GATT v. WIPO”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 1994, vol.76, pp. 121- 144.
- CORIAT B. ET ORSI F.**, « Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique. Le cas de l’accès aux traitements antirétroviraux », *Revue de l’Institut Économie Publique*, 2003/1, n°12, pp. 153-177.
- « Propriété intellectuelle, marchés financiers et promotion des firmes innovantes. Un retour sur la « nouvelle économie », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, pp. 265-287.
- CORIAT B.**, « Du « super 301 » aux TRIPS : la « vocation impériale » du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle », *Revue d’Économie Industrielle*, 2002, n°99, pp. 179-190. En ligne : http://www.persee.fr/doc/rei_0154-3229_2002_num_99_1_3025 (consulté le 26 janvier 2017).
- CORREA C.M.**, « Economie des brevets, l’Accord sur les ADPIC et la santé publique », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L’Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l’Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp. 161- 217.
- “The GATT Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: new standards for patent protection”, *European Intellectual Property Review*, 16(8), 1994, 327-335.
 - “The WTO Dispute Settlement Mechanism: TRIPS Rulings and Developing Countries”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol. 4, issue 2, p. 251-255.
- CORTÉS MARTIN J. M.**, “The WTO TRIPS Agreement The Battle between the Old and the New World over the Protection of Geographical Indications”, *The Journal. of World Intellectual Property*, 2004, vol.7, issue.3, pp.287-326.
- CÔTÉ CH.E.**, « L’accès des particuliers au système de règlement des différends de l’OMC », in O. Blin (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 33- 67.
- « Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l’interprétation des accords de l’OMC », *Les Cahiers de Droit*, mars 2009, vol. 50, n°1, pp. 207-244, disponible à l’adresse suivante : <http://www.erudit.org/revue/cd/2009/v50/n1/037741ar.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- COTTIER T.**, « Les tâches de l’OMC : évolution et défis », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2004, n°3, pp. 273-291.

- CROLEY S P. & JACKSON J.H.**, “WTO Disputes Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, 1996, vol 90, pp. 193-213.
- CULOT H.**, « *Soft Law* et droit de l’OMC », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2005, n°3, pp. 251-289.
- « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), *Le commerce international entre bi-et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier , 2010, pp. 209-257.
- CZUB K. A.**, “Argentina's Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of The Underlying Conflicts Between Developing Countries, TRIPS Standards, and the United States”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Spring 2001, vol.33, issue 2, pp. 191-231, en ligne: <http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1475&context=jil> (consulté le 26 janvier 2017).
- DAEMMRICH A.**, “The Evolving Basis for Legitimacy of the World Trade Organization: Dispute Settlement and the Rebalancing of Global Interests”, *Harvard Business School*, Working Paper N° 12-041, December 8, 2011, 33 p. En ligne: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-041.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- DANSCHRODER M. L.**, “Intellectual Property Rights and the GATT: United States Goals in the Uruguay Round,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1988, vol.21, n°1, pp. 367-400.
- DAS B. G.**, “Intellectual Property Dispute, GATT, WIPO: of Playing by the Game Rules and Rules of the Game”, *The Journal of Law and Technology*, 1994, vol.35, pp. 149-181. En ligne : http://ipmall.info/hosted_resources/IDEA/p149.Gopal.pdf (consulté le 16 juin 2015).
- DAVEY W. J.**, “Dispute Settlement in GATT”, *Fordham International Law*, 1987, vol.11, issue 1, pp. 51-109, en ligne : <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=ilj> (consulté le 26 janvier 2017).
- D’ALESSANDRO J.**, “A Trade-Based Response to Intellectual Property Piracy: A Comprehensive Plan to Aid the Motion Picture Industry”, *Georgetown Law Journal*, 1987, vol.76, pp. 417-465.
- DE BEER D.**, « Le brevet et l’accès aux médicaments essentiels. Le pas de danse des juristes, ou la difficulté de la mise en responsabilité », in C. Eberhard (ed.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 199-218.
- DE BRABANDERE E.**, « La doctrine en tant que source de droit et l’OMC », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l’OMC*, colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 185-207.
- DE WERRA J.**, « Droit et morale du droit moral », *Société Suisse des Auteurs*, printemps 2006, n°5, en ligne à l’adresse suivante : http://www.ssa.ch/sites/default/files/ssadocuments/tap5_0406_fr.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- DEBLOCK C.**, « Le bilatéralisme commercial des États-Unis », in B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), *Le commerce international entre bi-et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier , 2010, pp. 115-173.
- DERMENDJIAN V., LAMBERT-HABIB M.-L., LANFRANCHI M.-P., LAUCCI C., LEFEVRE S., MALJEAN-DUBOIS S., RUBIO N., THOMÉ N. et TRUILHÉ.**

- E., « Section 1. L'environnement au rang des dérogations aux principes de l'OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 31-76.
- DEUMIER P.**, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de Philosophie du Droit*, 2007, tome 50, pp. 49-75.
- DHANJEE R. & BOISSON DE CHAZOURNES L.**, “Trade Related of Intellectual Property Right (TRIPS): Objectives, Approaches and Basic Principles of the GATT of Intellectual Conventions”, *Journal of World Trade*, 1990, vol.24, n°5, pp.5-15.
- DIETZ A.**, « Les États-Unis et le droit moral : idiosyncrasie ou rapprochement - Observations à propos d'une problématique relevée par l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, octobre 1989, n°142, pp. 223-277.
- DINWOODIE G.B. & DREYFUSS R.C.**, “TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, vol. 36, issue 1, pp. 95-122, en ligne : <http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1387&context=jil> (consulté le 26 janvier 2017).
- “Enhancing Global Innovation Policy: the Role of WIPO and its Conventions in Interpreting the TRIPS Agreement”, in C.M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO*, Volume I, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 110- 145.
- DOANE M.L.**, “TRIPS and International Intellectual Property Protection in an Age of Advancing Technology”, *American University Journal of International Law and Policy*, Winter1994, vol.9, pp. 465-497.
- DÖRMER S.**, « Règlement des litiges et développements récents dans le cadre de l'accord relatif aux Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC): Bilan d'étape après quatre ans d'application », *Propriété industrielle Bulletin documentaire*, avril 1999, n°673, II, pp. 47-48.
- DRAHOS P.**, “BITs and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol.4, issue 6, pp.791-808.
- “Weaving Webs of Influence: The United States, Free Trade Agreements and Dispute Resolution”, *Journal of World Trade*, 2007, vol.41, n°1, pp. 191-210.
- “Global Property Rights in Information: The story of TRIPS at the GATT ”, *Prometheus*, June 1995, vol.13, n°1, pp. 6-19.
- DREXL J.**, « L'évolution des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : vers un système multilatéral flexible », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp. 13- 71.
- DREYFUSS R.C & LOWENFELD. A.F.**, “Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement Together”, *Virginia Journal of International Law*, winter 1997, vol.37, pp. 275-333.
- DUBIN L.**, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Pedone, 2006, pp. 101- 149.
- DURLING J. P. ET HARDIN. D.T.**, « Participation d'*amici curiae* au règlement des différends à l'OMC: Réflexions sur la décennie écoulée», in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 240- 251.

- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE. J.**, « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, août-septembre 1995, n°390, pp. 461-470.
- DWYER A.S.**, “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” in T.P. Stewart(ed.), *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History (1986-1994)*, Volume IV: The End Game (Part I), The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 465-773.
- EHLERMANN C.-D.**, “Six Years on the Bench of the “ World Trade Court” Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, 2002, vol.36, n°4, pp. 605-639.
- EMMERT F.**, “Intellectual Property in the Uruguay Round-Negotiating Strategies of the Western Industrialized Countries”, *Michigan Journal of International Law*, Summer 1990, vol.11, pp. 1317-1399.
- EPINEY A., KADDOUS C. ET RIDORÉ C.-A.**, « La Communauté européenne et l'OMC. À propos du statut des règles du GATT/OMC dans l'ordre juridique communautaire », *European Food Law Review*, 1998, pp. 291-316, disponible en ligne : <https://doc.rero.ch/record/11458/files/Aufsatz30.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- ESPERANZA D. & MICHALOPOULOS C.**, “Intellectual Property Rights and Developing Countries in the WTO Millenium Round”, *The Journal of World Intellectual Property*, 1999, vol. 2, n° 5, pp. 853-874.
- ETHIER W.J.**, “Intellectual Property Rights and Dispute Settlement in the World Trade Organization”, *Journal of International Economic Law*, June 2004, vol. 7, p.449-457.
- EVANS D. ET DE TARSO PEREIRA C.**, « Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Un point de vue interne », in R. Yerxa et B.Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 274-293.
- EVANS G.E.**, “A Preliminary Excursion into TRIPS and Non-Violation Complaints”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 6, pp. 867-888.
- “Intellectual Property as a Trade Issue-The Making of the Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property rights”, *World Competition*, december 1994, vol.18, n°2, pp. 137-180, en ligne : <http://www.gaileevans.com/EvansIPTradeIssue94.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
 - “Issues of Legitimacy and the Resolution of Intellectual Property Disputes in the Supercourt of the World Trade Organisation”, *International Trade Law & Regulation*, 1998, vol.4, n°3, pp. 81-98, en ligne : <http://gaileevans.com/EvansSupercourt98.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
 - “TRIPS and the Sufficiency of the Free Trade Principles”, *The Journal of World Intellectual Property*, 1999, vol.2, issue 5, pp. 707- 725.
- FERERA L.**,“ First WTO decision on TRIPs: India - patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products”, *European Intellectual Property Review*, 1998, 20(2), pp. 69-73.
- FISCOR M.**, « Combien de quoi ? Les « trois conditions cumulatives » et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, février 2002, n°192, pp. 110-251.
- FLORY TH. ET MARTIN F.-P.**, « Remarques à propos des Avis 1/94 et 2/92 de la Cour de justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune », *Cahiers de Droit Européen*, 1996, pp. 379-400.
- FLORY TH.**, « L'évolution du système juridique du G.A.T.T. », *Clunet*, 1977, pp.779 -805.

- « Remarques à propos du nouveau système commercial issu des Accords du cycle d'Uruguay », *Journal de Droit International*, 1995, n°4, pp. 877-891.
 - « Droit économique et coopération internationale. Chronique de droit international économique. Commerce », *Annuaire français de droit international*, 1979, vol.25, pp. 580-602.
 - « Chronique de droit international économique. Commerce », *Annuaire Français De Droit International*, 1996, pp. 810-816.
 - « Les Accords du Tokyo Round du G.A.T.T. et la réforme des procédures de règlement des différends dans le système commercial interétatique », *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, n°2, pp. 235-253.
- FOMERAND J.**, « La pratique américaine du multilatéralisme. Le syndrome du mare nostrum », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2003, pp. 478- 497.
- FORD S. M.**, “Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents”, *American University International Law Review*, 2000, vol. 15, issue 4, pp. 941-974. En ligne: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=auilr> (consulté le 26 janvier 2017).
- FRANÇON A.**, « Organisation Mondiale du Commerce. Règlement des différends. Prise de position du groupe spécial de l'OMC sur l'interprétation de l'article 9, alinéa 2 de la convention de Berne », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, avril-juin 2001, 54 (2), pp. 440-442.
- FRANKEL S.**, “WTO Application of “The Customary Rules of Interpretation of Public International Law” to Intellectual Property”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 2006, vol.46, pp. 365-431.
- “The applicability of GATT jurisprudence to the interpretation of the TRIPS Agreement”, in C.M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO Volume II*, 2010, Edward Elgar, pp. 3-23.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Le principe contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux International, Paris, Pedone, 2004, pp. 125-153.
- « Le système des sanctions », in *L'OMC et son tribunal, Les Notes Bleues de Bercy*, n°186, 1^{er} -15 juillet 2000.
 - « Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10e forum de la régulation », *Les Petites Affiches*, 22 octobre 2004, n°212, pp. 6-12.
 - « Vers un gouvernement économique des juges », *Commentaire*, n°111, Automne 2005, pp. 631- 639.
- FUKUNAGA Y.**, “Enforcing TRIPS: Challenges of Adjudicating Minimum Standards Agreements », *Berkeley Technology Law Journal*, 2008, vol. 23, pp. 867-931, en ligne: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1753&context=btlj> (consulté le 26 janvier 2017).
- GAD M. O.**, “TRIPS Dispute Settlement and Developing Country Interests”, in C. M. Correa and A. A .Yusuf (ed.), *Intellectual property, and International Trade: The TRIPS Agreement*, Law & Business, Second Edition, Wolters Kluwer, 2008, pp. 331-383.
- GARCIA-RUBIO M.**, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale de commerce », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du*

- commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 245- 260.
- GAUBIAC Y.**, « Les exceptions au droit d’auteur : un nouvel avenir », *Communication-commerce Electronique*, juin 2001, chronique 15, n°6, pp. 12-17.
- « Les exceptions. La méthode suivie et les résultats obtenus », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2002, n°2, pp. 17-24.
 - « De l’amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 10-19.
 - « Une dimension internationale nouvelle du droit d’auteur : l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l’Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce », *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, octobre 1995, n°166, pp. 3-55.
- GEIGER C.**, « Quelle mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle au niveau international ? Retour sur l’Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) », *Propriétés Intellectuelles*, avril 2012, n°43, pp. 201-210.
- « La transposition du test des trois étapes en droit français », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2164-2167.
- GELLER E.**, “Intellectual Property in The Global Marketplace: Impact OF TRIPS Dispute Settlements?”, *International Lawyer*, Spring, 1995, vol.29, pp. 99-115.
- “Can the GATT incorporate Berne whole? “(1990), *European Intellectual Property Review*, 1990, 12(11), pp. 423-428.
- GERVAIS D. J.**, “The TRIPS Agreement after Seattle Implementation and Dispute Settlement Issues”, *The Journal. of World Intellectual Property*, 2000, vol.3, issue 4, pp. 509-523.
- “The TRIPS Agreement and the changing landscape of international intellectual property”, in P. Torremans, H. Shan & J. Erauw (ed.), *Intellectual Property and TRIPS Compliance in China. Chinese and European Perspectives*, Edward Elgar, 2007, pp. 65- 84.
 - “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Winter 2005, vol.9, pp. 1-35. En ligne: <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=iplr> (consulté le 26 janvier 2017).
 - “China- Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights”, *American Journal of International Law*, July 2009, vol.103, n°3, pp. 549-555.
- GETLAN M.**, “TRIPS and The Future of Section 301: A Comparative Study in Trade Dispute Resolution”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1995, vol.34, pp. 173-218.
- GEUZE M.**, “Patent Rights in the Pharmaceutical Area and their Enforcement. Experience in the WTO Framework with the Implementation of the TRIPS Agreement”, *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol.1, issue 4, pp. 585-603.
- GEUZE M. & WAGER H.**, “WTO Dispute Settlement Practice relating to the TRIPS Agreement”, *Journal of International Economic Law*, 1999, pp. 347-384.
- GHERARI H.**, « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l’Organisation Mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Collection contentieux international, Paris, Pedone, 2007, pp. 69-95.
- GHERARI H. ET BERGÉ J.-S.**, « Organisation mondiale du commerce - Comment l’ordre juridique communautaire tente de tirer profit de l’accord A.D.P.I.C. sans s’y laisser prendre », *Petites Affiches*, 26 juillet 2002, n°149, pp. 17-19.

- GHERARI H. ET CHEMAIN R.**, « Chronique UE-OMC (2007) : Règlement des différends », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, décembre 2008, n° 523, pp. 694-699.
- GHERARI H.**, « La marche vers l'universalité de l'Organisation mondiale du commerce », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, février 2007, n°505, pp. 84-89.
- « Organisation mondiale du commerce et accords commerciaux régionaux .Le bilatéralisme conquérant ou le nouveau visage du commerce international », *Revue Générale de Droit International Public*, 2008/2, pp.151-293.
 - « Chapitre 40. La mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC », in P. Daillier, G. De La Pradelle, H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre(CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, pp. 461-472.
 - « Chapitre 79. Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques : le système de règlement des différends de l'OMC », in P. Daillier, G. De La Pradelle, H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre(CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, pp. 937- 950.
 - « L'affaire « Havana club » devant l'O.M.C », *Petites Affiches*, 30 décembre 2002, n°260, pp. 4-7.
 - « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Coll. Contentieux international, Paris, Pedone, 2007, pp. 69-95.
- GINSBURG J.C. ET KERNOCHAN J.M.**, « Cent deux ans plus tard : les États-Unis adhèrent à la Convention de Berne », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, juillet 1989, n°141, pp. 56-197.
- GINSBURG J.C.**, « Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, traduction française de Margaret Platt-Hommel, janvier 2001, n°187, pp. 2-64.
- « La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin 1999, pp. 231- 255.
 - « Le GATT/OMC et la propriété intellectuelle », in Th. Debard, J. Schmidt, V. Nabhan, D. Turp (dir.), *La régulation juridique des espaces économiques : interactions GATT/OMC, Union européenne, Alena*, Colloque co-organisé par le Centre de Documentation et de Recherche Européennes de l'Université Jean-Moulin Lyon 3 et l'institut Jean-Monnet, Les chemins de la recherche, 1996, pp. 199-213.
- GIUST J.E.**, « Noncompliance with TRIPS by Developed and developing countries: is TRIPS Working? », *Indiana International & Comparative Law Review*, 1997, vol. 8, pp. 69. En ligne : <http://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/viewFile/17805/17744> (consulté le 26 janvier 2017).
- GONZALEZ VAQUÉ. L.**, « Indication géographiques et appellations d'origine: interprétation et mise en œuvre du nouveau règlement n°510/2006 », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2006, n°4, pp. 795-805.

- GOURGOURINIS. A.**, “The distinction between interpretation and application of norms in international adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 2(1), pp. 31-57.
- GOUTAL J.-L.**, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 25-28.
- GOUTTEFARDE F.**, « Les Communautés européennes au sein du Système de règlement des différends de l'OMC : politique juridique cohérente ou gestion au cas par cas », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007, Université Robert Schuman, Presse Universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 179-203.
- « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'union européenne », *Revue québécoise de droit international*, 2004, vol.17, pp. 33-80. Disponible à l'adresse suivante : http://rs.sqdi.org/volumes/17.2_-_gouttefarde.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- GRELON B.**, « Regard juridique sur la hiérarchie des normes », in *Gouvernance mondiale*, Rapport de synthèse Pierre Jacquet, Jean Pisani-Ferry et Laurence Tubiana, présenté le 13 septembre 2001, Conseil d'analyse économique, pp. 331-348. En ligne : <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/037.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- GROSHEIDE W.**, « Rapport général I. Les mesures de protection provisoires-une arme forte contre les contrefacteurs ? », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin 1999, pp. 84- 109.
- GROSSE RUSE-KHAN. H.**, “The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in Intellectual Property Disputes in the WTO”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Research Paper No. 11-15, 2011, 35 p.
- “A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations”, *Journal of International Economic Law*, June 2008, vol. 11, issue 2, pp. 313- 364.
- GROSSMAN. G.M & MAVROIDIS P.C.**, “US – Section 110(5) Copyright Act: United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: Would've or Should've? Impaired Benefits due to Copyright Infringement”, *World Trade Review*, 2003, vol.2, issue 1, pp. 281-299.
- GRZEGORCZYK C.**, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, tome 30, pp. 35- 52.
- GUENNIF S. ET CHAISSE J.**, « L'économie politique du brevet au sud : variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2007, n°2, pp. 185-210.
- GUEUYOU M.-L.**, « Chapitre 29. Les négociations commerciales multilatérales (CYCLES) », in P. Daillier, G. De La Pradelle, H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2005, pp.355- 362 .
- GUILLAUME G.**, « L'organisation des Nations unies et ses juges », *Pouvoirs*, 2004/2, n° 109, pp. 89-102.
- GURRY F.**, « Les projets de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris, 26 janvier 1994), Paris, Librairies techniques, 1994, pp.29-34.
- GUTOWSKI R.J.**, “The Marriage of Intellectual Property and International Trade in the TRIPS Agreement: Strange Bedfellows or a Match Made in Heaven? ”, *Buffalo Law Review*, 1999, vol. 47, pp. 713-761.

- GUESMI A.**, « Quelle place pour le droit à la santé sur la scène commerciale internationale ? Un recours utile à l'analyse de droit économique », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siiriainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, pp. 463-495.
- HAMANN A.**, « La sanction du manquement à l'obligation de mise en conformité », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, pp. 225-254.
- HAMILTON M. A.**, "The TRIPS Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, vol.29, p. 613-634.
- HARRIS D.**, "TRIPS After Fifteen Years: Success or Failure, as Measured by Compulsory Licensing", *Journal of Intellectual Property Law*, Spring 2011, vol. 18, issue 2, pp. 367. En ligne: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=jipl> (consulté le 26 janvier 2017).
- HARRIS K.M.**, "The Post-Tokyo Round GATT Role in International Trade Dispute Settlement", *Berkeley Journal of International Law*, 1983, vol.1, pp.142-176. En ligne: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bjil> (consulté le 26 janvier 2017).
- HELPER L.R.**, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy", *Harvard International Law Journal*, Spring 1998, vol.39, n°2, pp. 357-441. En ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2648&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).
- "Regime Shifting: the TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking", *Yale Journal of International Law*, Winter 2004, vol.29, pp. 1-83. En ligne: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2642&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).
- HENRY C.**, « Développement durable et propriété intellectuelle. Comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre des ADPIC ?, in M.-A. Frison roche et A. Abello (dir), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, p 223.
- HERVÉ A.**, « La participation de l'Union européenne aux instances de la gouvernance économique Mondiale », 2009, pp. 1-25, en ligne : http://sites.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Alan_Herv%C3%A9.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- HIARING A.**, "Fish or Fowl? The Nature of WTO Dispute Resolution under TRIPS", *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2006, vol. 12, issue.1, Article 11, pp.269-288. En ligne: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=annlsurvey> (consulté le 26 janvier 2017).
- HILAIRE A. & YANG Y.**, "The United States and the New Regionalism/bilateralism", *Journal of World Trade*, 2004, vol 38(4), pp. 603-625.
- HILF M.**, "The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO– No Surprise but Wise? –", *European Journal of European Law*, 1995, vol. 6, pp. 245-259, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ejil.org/pdfs/6/1/1293.pdf> (consulté le 27 février 2016).
- HOEFFNER W.**, « Nature, étendue et modalités de la réparation à l'OMC », in V. Tomkiewicz (dir.) avec la collaboration de W. Hoeffner et D. Pavot, *Organisation mondiale du commerce et responsabilité*, colloque de Nice des 23-24 juin 2011, Paris, Pedone, pp. 212-224.

- HOMERE H.J.R.**, “Intellectual Property, Trade and Development: A View From the United States,” in D. J. Gervais (ed.), *Intellectual Property, Trade and Development. Strategies to Optimize Economic Development in a Trips-Plus Era*, Oxford, University Press, 2007, pp. 333-352.
- HOWARD A. & REINBOTHE J.**, “The state of play in the negotiations on Trips (GATT/Uruguay round)”, *European Intellectual Property Review*, 1991, vol.13, n°5, pp. 157-164.
- HOWSE R.**, “ The Canadian Generic Medicines Panel, A Dangerous Precedent in Dangerous Times ”, *The Journal of World Intellectual Property*, July 2000, vol.3, issue 4, pp. 493-507.
- HRBATÁ V.**, “No International Organization is an Island . . . the WTO’s Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?”, *Journal of World Trade*, 2010, vol. 44, issue 1, pp. 1-47.
- HSU L.**, « “Non –Violation Complaints-World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements ”, *Journal of World Trade*, 2005, vol. 39(2), pp.205-237, 2005.
- HUDEC R.E.**, “The New WTO Dispute Settlement Procedure: an Overview of the First Three Years”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1999, vol.8, issue 1, pp. 1-53.
- HUDEC R. E., KENNEDY D.L.M & SGARBOSSA M .**, “A Statistical Profile of GATT Dispute Settlement Cases: 1948-1989”, *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1993, vol.2, n°1, pp. 1-100.
- HUGHES V.**, « Problème particuliers au stade de l’appel : Une étude de cas », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 86-93.
- JACKSON J. H.**, “Editorial comment: International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'?", *American Journal of International Law*, 2004, vol.98, pp. 109-125. En ligne : <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=facpub> (consulté le 26 janvier 2017).
- JEAMMAUD A.** « Conflit, différend, litige», *Revue française de théorie, de philosophie, et de culture juridique, Droits*, 2001, n°34, pp. 15-20.
- JENAR R.M.**, « Pourquoi s’opposer à la globalisation ? », *Reflets et Perspectives de la Vie Économique*, 2002, n°2, pp.53-62. En ligne : <https://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-2-page-53.htm> (consulté le 26 janvier 2017).
- JOLOWICZ J.-A.**, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur le règle du précédent », *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, tome 30, pp.106-116.
- JOOS U. & MOUFANG R.**, “Report on the Second Ringberg-Symposium”, in F.-K. Beier and G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16, 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, pp.1-41.
- JOSSELIN M.**, « La notion de contrat d’exploitation du droit d’auteur Approche de droit comparé », *Bulletin du Droit d’Auteur*, 1992, n°4, pp. 6- 16.
- JOUANNET E.**, « La notion de jurisprudence internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Société Française pour le Droit International, colloque de Lille, Paris, Pédone, 2003, pp. 343-391.

- JOURDAIN-FORTIER C.**, « Le règlement des différends de l'OMC et la protection des valeurs non marchandes », in O. Blin (dir.), *Regard croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 83-117.
- KADDOUS C.**, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruylant, 2003, p. 107-126.
- KAHN A.-E.**, « Les licences obligatoires », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Litec, 2007, pp. 219-241.
- KASTENMEIER R.W & BEIER D.**, “International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol.22, pp. 285- 307.
- KAZZI H.**, « Le principe de transparence dans les accords de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2010, n°4, pp.703-722.
- KEREVER A.**, « Les clauses à risque de la nouvelle convention », *Les Petites affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 41- 45.
- « Le GATT et le droit d'auteur international, l'accord sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, octobre-Décembre 1994, 47 (4), pp. 629-644.
- KHLESTOV N.**, “WTO-WIPO Co-operation: Does it Have a Future?”, *European Intellectual Property Review*, 1997, vol.19, n°10, pp. 560-562.
- KLEBES-PELISSIER A.**, « L'Organisation Mondiale du Commerce : Quels enseignements pour le droit des organisations internationales ? », in *Le droit des organisations internationales. Recueils d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 71-114.
- KNAPP I.L.**, “The Software Piracy Battle in Latin America: Should the United States Pursue its Aggressive Bilateral Trade Policy despite the Multilateral TRIPs Enforcement Framework ?”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol 21, spring 2000, pp. 173-210.
- KONGOLO T.**, “The WTO Dispute Settlement Mechanism. TRIPS Rulings and the Developing Countries”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol.4, pp. 257- 270.
- KORS J.**, « L'évolution de l'Accord ADPIC : vers un multilatéralisme flexible. Perspectives d'Amérique latine », in B. Rémiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp.47-71.
- KOSTECKI M.**, « Le système commercial et les négociations multilatérales », in P. Messerlin et F. Vellas (éds.), *Conflits et négociations dans le commerce international. L'Uruguay Round*, Coll. « Approfondissement de la Connaissance Economique », Paris, Economica, 1989, pp. 7-21.
- KOVACS P.**, « Développements et limites de la jurisprudence en droit international », in *la juridictionnalisation du droit international*, Société Française pour le Droit International, Colloque de Lille, Paris, Pédone, 2003, pp. 269-341.
- KRETSCHMER F.**, “The Present Position of the US., Japanese and European Industry”, in F.-K. Beier and G. Schricker (ed.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Symposium at Ringberg Castle, July 13-16,

- 1988, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1989, pp. 93-98.
- KUNZ-HALLSTEIN H.P.**, “The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, pp. 265-284.
- LAGET-ANNAMAYER A.**, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, avril -juin 2006, n°2, pp. 249-288.
- LAMY P.**, “The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order”, *The European Journal of International Law*, 2007, vol.17, n°5, pp. 969-984, en ligne : <http://www.ejil.org/pdfs/17/5/109.pdf>(consulté le 26 janvier 2017).
- LANKARANI L.**, « Une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine. L'Europe face à l'article 211 de la loi générale portant ouverture de crédits de 1998 », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2006, n°1, pp. 97-130.
- LAPTER A.J.**, “The WTO's Dispute Resolution Mechanism: Does the United States Take it Seriously? A TRIPs Analysis”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol.4, 2005, pp. 217-261.
- LAYTON D.W. & MIRANDA J.O.**, “Advocacy Before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases”, *Journal of World Trade*, 2003, vol.37, n°1, pp. 69-103.
- LE BOUTHILLIER Y.**, « Article 31 de la Convention de Vienne 1969 » in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1339-1368.
- LE FLOCH G.**, « OMC et démembrements de l'Etat », in T. Garcia et V. Tomkiewicz (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujet de droit*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 47-77.
- LE THI THIEN H.**, « Compatibilité du droit d'auteur chinois aux ADPIC et œuvres censurées. Chronique de la propriété intellectuelle », *JCPE*, n° 4, 28 janvier 2010, p. 1070 et s.
- LEAFFER M.A.**, “Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism”, *Iowa Law Review*, January, 1991, vol. 76, pp. 273-308.
- LEBULLENGER J.**, « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, octobre 1998, n°422, pp.629-637.
- LEE E.**, “Measuring TRIPs Compliance and Defiance: the WTO Compliance Scorecard”, *Journal of Intellectual Property Law*, Spring 2011, vol.18, pp. 401-445.
- LEE K.D. & LEWINSKI S. V.**, “The Settlement of International Dispute in the Field of Intellectual Property”, in F.-K. Beier and G. Schriker (ed.), *From GATT to TRIPs – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, IIC Studies, volume 18, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH Publication, 1996, pp. 278- 328.
- LESAFFRE H.**, « Chapitre 28. Les règles de fond », in P. Daillier, G. De La Pradelle et H. Ghérari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, pp. 339-353.
- LESGUILLONS. H.**, « Origines et développements du règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, n°8, pp. 959-997.

- LEVY CH. S.**, “Implementing TRIPS - A Test of Political Will”, *Law and Policy in International Business*, Spring, 2000, vol 31, pp. 789 -795.
- LEWINSKI S.V.**, « Américanisation de la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2004, n°10, p. 482-491.
- « Le rôle du droit d’auteur dans le droit du commerce international d’aujourd’hui », *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, juillet 1994, n°161, pp. 4-93.
- LI X.**, “The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Flexibilities on Intellectual Property Enforcement: The World Trade Organization Panel Interpretation of China-Intellectual Property Enforcement of Criminal Measures and Its Implications”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, n° 5, pp. 640-65.
- LUCAS A.**, « Le « triple test » de l’article 13 de l’Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l’OMC « États-Unis– Article 110 5) de la Loi sur le droit d’auteur », in *mélanges dédiés à Adolf Dietz*, Verlag C.H.Beck München, 2001, pp. 403-433.
- LUCYK S.**, “Patents, Politics and Public Health: Access to Essential Medicines Under the TRIPS Agreement”, *Ottawa Law Review*, 2006-2007, vol.38, pp. 191- 216.
- MACDONALD-BROWN CH. & FERERA L.**, “First WTO decision on TRIPS: India - patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products”, *European Intellectual Property Review*, 1998, 20(2), 69-73.
- MADDALON PH.**, « Les rapports des groupes spéciaux et de l’Organe d’appel de l’OMC(2008) », *Annuaire Français de Droit International*, 2008, pp.445-465.
- « Les rapports des groupes spéciaux et de l’Organe d’appel de l’OMC (2009) », *Annuaire Français de Droit International*, 2009, vol.55, pp. 665-681.
- « Les rapports des groupes spéciaux et de l’organe d’appel de l’OMC », *Annuaire Français de Droit International*, 2005, vol.51, pp.603-632.
- « Les rapports des groupes spéciaux et de l’Organe d’appel de l’OMC (2006) », *Annuaire français de droit international*, 2006, vol.52, pp. 505-531.
-
- MAGNUS J.**, « Mise en conformité avec les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends à l’OMC : y a-t-il une crise ? », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 263. 273.
- MALAWER S.S.**, “The U.S. and the WTO: Lessons Learned for Trade Litigation and Global Governance”, *International Law, Features*, avril 2003, pp. 12- 19. En ligne: <http://www.vsb.org/docs/valawyermagazine/apr03malawer.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- MANIN PH.**, « À propos de l’accord instituant l’Organisation mondiale du commerce et de l’accord sur les marchés publics : la question de l’invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Juillet–septembre, 1997, n°3, pp. 398-428.
- MARCEAU G.**, « Les consultations et la procédure de groupe spécial dans le système de règlement des différends de l’OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 30-48.
- « Le règlement des différends a l’OMC et les droits de l’homme », traduit de l’anglais par Anamaria Postelnicu, *European Journal of International Law*, 2002, vol.13, n°4, pp. 1-65. En ligne : <http://www.rongead.org/IMG/pdf/OMCetdroitsdelhomme.pdf>(consulté le 26 janvier 2017).

- « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in Société Française pour le Droit International (éd.), *La pratique et le droit international*, Colloque de Genève, Paris, Pedone, 2004, pp. 159-208.
- MATSCHER F.**, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droit de l'homme, Faculté de droit de Université de Montpellier I, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 15-40
- MAULIN E.**, « Cohérence et ordre juridique », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloques des 10 et 11 mai 2007, Presse Universitaires de Strasbourg, 2009, pp.9 ets.
- MAY C.**, « La marchandisation à « l'âge de l'information » : droits de propriété intellectuelle, l'Etat et Internet », Traduit de l'anglais par Thierry Labica, *Actuel Marx*, 2003/2, n°34, pp. 81-97. En ligne à l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-actuel-marx-2003-2-page-81.htm> (consulté le 26 janvier 2017).
- MAYNE R.**, “The Global Campaign_on Patents and Access to Medicines: An Oxfam Perspective”, in P. Drahos et R. Mayne (dir.), *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Developpement*, New York, Palgrave, Macmillan, 2002, pp. 244-259.
- MCGIVERN B.**, « Mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : Tour d'horizon », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 105-117.
- MCHANETZKI M.-L.**, « Le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Faut-il réformer l'ORD », *Notes Bleues de Bercy*, janvier 2000, n°175, pp.1-7, en ligne : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb175/regle.htm (consulté le 12 juin 2013).
- MENGOZZI P.**, « La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil », traduit par L. Duhnoy, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, n°3, pp. 509-522.
- « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 879-890.
- MÉNIÈRE Y.**, « L'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle. Quels gains ? Pour qui ? », in B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), *Le commerce international entre bi-et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier , 2010, pp. 201-207.
- MFUKA C.**, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *Revue d'Économie Industrielle*, 2002, vol.99, pp. 191-214.
- MOCQUART C.**, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, janvier 2003, n°1, p.39 -59.
- MOEBES A.**, “Negotiating International Copyright Protection: The United States and European Community Positions”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, February 1992, n°2, pp. 301-325. En ligne : <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=ilr> (consulté le 26 janvier 2017).
- MONNIER P.**, « Le système de compensations et de rétorsions de l'Organisation Mondiale du Commerce : les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou

- lancent-ils leurs billes comme des nuls ? », *International Law FORUM du Droit International*, 2003, n°5, pp. 47-61.
- MORIN J.-F.**, « La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2004, n°4, pp. 483-501.
- « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales*, décembre 2003, vol.34, n°3, pp. 537-562.
- MORVAN S.**, « L'émergence du pouvoir judiciaire au sein de l'OMC », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 26 Juin 2002, n°26, I, pp. 145 et s.
- MOSSINGHOFF G.J.**, «The Importance of Intellectual Property in International Trade», *Boston College International & Comparative Law Review*, 1984, pp. 235-249, en ligne : <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=iclr> (consulté le 26 janvier 2017).
- MOTA S.A.**, «TRIPS-Five Years of Disputes at the WTO», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Fall 2000, vol.17, pp. 533-553.
- MIRKO Z.**, « L'amicus curiae dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *Revue internationale de droit économique*, 2005, n°2, pp. 202-206
- MUELLER-HOLYST B.**, « Le rôle de l'Organe de règlement des différends dans le processus de règlement des différends », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 26-29.
- MUNOZ TELLEZ V.**, «Dispute settlement under the TRIPS Agreement: the United States-Brazil (2000) and United States-Argentina (2002) patent disputes», in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules , Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar, 2010, pp. 215-236.
- NABHAN V.**, « 20 ans de droit d'auteur sur la scène internationale : Bilan et perspectives », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n°225, juillet 2010, pp. 201-247.
- NAIGEN Z.**, « Dispute Settlement Under the TRIPS Agreement From the Perspective of Treaty Interpretation», *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 2003, vol. 17, pp. 199-220.
- NEFRAMI E.**, « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes : à propos de l'arrêt *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, avril 2008, n°517, pp. 227-232.
- « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », *Cahiers de Droit Européen*, 2001, pp. 605-646.
- « Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le traité d'Amsterdam : le maintien du statu quo et l'unité de la représentation internationale de la Communauté », *Cahiers de Droit Européen*, 1998, pp. 137-159.
- NETANEL N.W.**, « The Next Round: the Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement», *Virginia Journal of International Law Association*, Winter 1997, vol. 37, pp. 441-497.
- NEUWAHL N.**, « Le droit des particuliers d'invoquer les accords internationaux de la communauté européenne devant les cours nationales », *Revue Québécoise de Droit International*, 2002, (15)2, pp. 39-55. En ligne : <https://depot.erudit.org/bitstream/003007dd/1/Droit%20des%20particuliers%20d%27invoquer%20les%20accords%20internationaux.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

- NGO M.A ET REIS P.**, « La protection des variétés végétales dans le commerce international : le droit, un outil stratégique », *Propriété industrielle*, Octobre 2008, étude 23, n° 10, pp. 30-34.
- NICORA P.**, « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir ? », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 235-244.
- NOUVEL Y.**, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international*, 2002, vol.48, pp. 657-674.
- « Relations économiques internationales. L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire Français de Droit International*, 2000, pp. 654-670.
- OKEDIJI R.**, “WIPO-WTO Relations and the Future of Global Intellectual Property Norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2008, vol.39, pp. 1-55.
- “Toward an International Fair use Doctrine”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2000, vol. 39, pp. 75- 175.
 - “TRIPS Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Winter, 2001, vol. 49, pp. 585-648.
 - “Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection”, *University of OTTAWA law & Technology Journal*, 2003-2004, vol.1, pp. 125-147. En ligne: <http://uoltj.ca/articles/vol1.1-2/2003-2004.1.1-2.uoltj.Okediji.125-147.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- ONATE ACOSTA T ET MEDINA CASAS H. M.**, « L'articulation des modes de règlement des différends entre l'OMC et l'ALENA », *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*, juillet–Décembre 2005, n°2006, pp. 11-34, en ligne: <http://www.redalyc.org/pdf/824/82400601.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- O'NEAL TAYLOR C.**, “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organisation Dispute Settlement System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, March 1997, vol.30, pp. 209-307.
- ORAISON A.**, « Réflexion sur « l'Organe judiciaire principal des Nations Unies ». (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice) », *Revue Belge de Droit International*, 1995, n°2, pp. 399-467.
- OSMAN F.** « Vers un droit mondial du commerce ? », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 263-287.
- OST F.**, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Coll. « Penser le droit », Bruylant, 2007, pp. 79- 101.
- OST F. ET VAN DE KERCHOVE M.**, « Interprétation », *Archives de Philosophie du Droit*, 1990, Tome 35, pp.165-190.
- OTTEN A. & WAGER H.**, “Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May 1996, vol. 29, n°3, pp. 391-413.
- OTTEN A.**, « L'importance fondamentale de l'Accord ADPIC pour une mise en œuvre améliorée des droits d'auteur », in *La mise en œuvre des droits d'auteur. Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur*, Congrès de Berlin 16-19 juin 1999, Association Littéraire et Artistique internationale, Berlin, 1999, pp. 49-57.
- PACE V.**, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, n°3, pp. 615 -658.
- PALMETER D. & MAVROIDIS P.C.**, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, July 1998, vol.92, pp. 398-413.

- PAMBOU TCHIVOUNDA G.**, « Le droit international de l'interprétation des traités à l'épreuve de la jurisprudence. (Réflexions à partir de la sentence rendue le 15 février 1985 par le tribunal arbitral pour la délimitation de la frontière maritime entre Guinée et la Guinée-Bissau) », *Journal du Droit International*, Juillet-août-septembre 1986, n°3, pp. 627-650.
- PAUWELYN J.**, “The dog that barked but didn't bite: 15 years of intellectual property disputes at the WTO”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 1(2), pp. 389-429.
- “How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law? Questions of Jurisdiction and Merits”, *Journal of World Trade*, 2003, vol. 37, issue 6, pp. 997-1030.
 - “The World Trade Organisation”, in R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 211- 229.
 - “ The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go ?”, *American Journal of International Law*, 2001, vol.95, issue 3, pp. 535-578, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).
- PAVOT D.**, « De l'usage du dictionnaire par l'Organe d'appel de l'OMC », in V. Tomkiewicz (dir.), avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, colloque de Nice des 24 et 25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 185-207.
- PEREAU. J.-L.**, « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *Les petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 47-53.
- PEREZ MIRANDA R.**, « Le transfert de technologie aux pays en développement, dix ans après l'Accord ADPIC », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier 2007, pp. 285-311.
- PETERSMANN E.-U.**, “The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement since 1948”, *Common Market Law Review*, 1994, vol. 31, pp. 1157-1244.
- PETIT PH.**, « Propriété intellectuelle, mondialisation et développement », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2008, pp. 819-827.
- PIATTI M.-C.**, « La non-inclusion de l'article 6bis de la Convention de Berne : une remise en cause de droit moral ? », *Les Petites affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 33-40.
- « OMC et droit mondial de la propriété intellectuelle », in F. Osman (dir.), *L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce ? The World Trade Organisation: Towards a World Trade Law?*, Actes et débats de colloque Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 19-38.
- PIÉROLA F. & HORLICK G.**, “WTO Dispute Settlement and Dispute Settlement in the “North-South” Agreements of the Americas: Considerations for Choice of Forum”, *Journal of World Trade*, 2007, 41(5), pp. 885-908.
- PRESLE E.**, « Règlement sur les obstacles au commerce », *Notes Bleues de Bercy*, mars 2002, n° 203, en ligne : http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb203/regle.htm#r1 (consulté le 16 juin 2011).
- QURESHI A.H.**, “Interpreting World Trade Organization Agreements for the Development Objective”, *Journal of World Trade*, 2003, 37 (5), pp. 847-882.

- RACINE J.-B.**, « Les entreprises et l'Organisation mondiale du commerce », in Th. Garcia et V. Tomkiewicz (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, Colloque de Nice des 24 et 25 juin 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 231-243.
- RANGNEKAR D.**, “ Context and Ambiguity in the Making of Law: A Comment on Amending India's Patent Act”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2007, vol.10, issue 5, pp. 365-387 .
- RAVILLARD P.**, « La décision du 30 août 2003 sur l'accès des médicaments : une étape historique dans le processus des négociations de l'OMC », *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2004, n°10, p.524-536.
- REICHMAN J.H. & LANGE D.**, “Bargaining Around the TRIPS Agreement: The case for Ongoing public-private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1998, vol.9, n°11, pp. 11-68.
- REICHMAN J.H.**, ‘The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?’, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Summer 2000, vol.32, pp. 441-470, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).
- “Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 1997, vol. 37, pp. 335 -356.
- “Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, vol. 22, n°4, pp. 747-891.
- “Securing Compliance with the TRIPS Agreement after US V INDIA”, *Journal of International Economic Law*, 1998, vol.4, pp. 585-601.
- “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement”, *International Lawyer*, 1995, vol.29, n°2, pp. 345-388, en ligne : http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1617&context=faculty_scholarship (consulté le 26 janvier 2017).
- REMICHE B.**, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2002/1 t. XVI, 1, p. 83-124.
- « La protection de la propriété intellectuelle et industrielle : la lutte contre la contrefaçon », in H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, colloque des 11 et 12 décembre 2008, Journées internationales du CERIC - Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 2010, pp. 137- 154.
- « Propriété intellectuelle : Intérêt d'entreprise et intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 525-538.
- « L'Accord ADPIC, dix ans après : un accord de libre -échange ou d'intégration forcée ? », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, Larcier, 2007, pp.527-542.
- RENOUF Y.**, « Brève introduction aux contre-mesures dans le système de règlement des différends de l'OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp.118-131.
- « Les entreprises et le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *Dalloz affaires*, 1996, n°19, pp. 571-575.

- « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *Annuaire Français de Droit International*, 1994, pp. 776-791.
- RIDEAU J.**, « La participation de l'Union européenne aux organisations internationales. Rapport général », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 2000, pp. 303-386.
- ROESSLER F.**, « Évolution du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC » : in *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Colloque de Nice, la Société Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, p.309 et s.
- ROFF P.**, « L'Accord ADPIC et le transfert de technologie: une perspective d'Amérique latine », in B. Remiche et J. Kors (dir.), *L'Accord ADPIC : dix ans après. Regards croisés Europe-Amérique latine*, Actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de droit économique, 2007, Larcier, pp. 337-370.
- ROFFE P. & SPENNEMANN C.**, “Canada-Patent protection of pharmaceutical products ”, in C.M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*. Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 237-282.
- ROSE D.**, “The E.U Trade barrier regulation : An effective instrument for promoting global harmonisation of intellectual property rights?”, *European Intellectual Property Review*, 1999, n°21, pp. 313-319.
- ROSTANE M.**, « Institutions et ordre juridique communautaire », *Journal du Droit International*, 2000, n°2, pp. 435-459.
- ROY A.**, “A New Dispute Concerning the TRIPS Agreement: The United States and China in the WTO”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2007, vol. 10, issue 6, pp. 476-484.
- RUCHAT E.**, « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'O.M.C », *Petites Affiches*, 4 février 2000, n°25, pp. 9 -14.
- RUIZ FABRI H.**, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, 2000, n°3, pp. 605-645.
- « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 2009, tome 52, pp. 97-119.
- « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Coll. Contentieux International, Paris, Pedone, 2008, pp. 103-132.
- « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3 pp. 881-947.
- « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C. : trois ans après, quinze rapports plus tard », *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, n°1, pp. 47-128.
- « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri, L.-A. Siciliano et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationales. Mécanismes de suivi et de contrôle*, Paris, Pedone, 2000, pp. 155- 173.
- « Le juge de l'OMC : Ombres et lumière d'une figure judiciaire singulière », *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, n°1, pp. 39-83.
- « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du Droit International*, 1997, n°3, pp. 709-755.

- « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp.347-400.
- « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle-A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 303 et s.
- « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *Journal du Droit International*, 1999, n°2, pp. 453-506.
- « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2000) », *Journal du Droit International*, 2001, n°3, pp. 901-953.
- « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2001) », *Journal du Droit International*, 2002, n°3, pp. 869-922.
- « Organisation mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends (2004) », *Journal du Droit International*, 2005, pp. 917 et s.
- RUIZ FABRI H ET MONNIER P.**, « Chronique du règlement des différends 2002 », *Journal du Droit International*, 2003, n°3, pp. 895-960.
- « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *Journal du Droit International*, juillet- août - septembre, 2008, n°3, pp.845-914.
- « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *Journal du Droit International*, juillet- août - septembre, 2009, n°3, pp.923- 998.
- « Organisation Mondiale du Commerce .Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *Journal du Droit International*, 2010, n°3, pp. 911-953.
- RYAN M.P.**, "The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Summer 1998, vol.19, pp. 535-586.
- SACERDOTI G.**, « Structure et fonctionnement du système de règlement de différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *Revue Générale de Droit International*, traduit par Vincent Tomkiewicz, 2006, n°4, pp. 769-797.
- SALAMA S.**, « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, juin 2003, n°5, p. 539 -546.
- SAMAHON T.N.**, "TRIPS Copyright Dispute Settlement after the Transition and Moratorium: Nonviolation and Situation Complaints against Developing Countries", *Law and Policy in International Business*, Spring 2000, vol.31, pp. 1051-1075.
- SANDS PH.**, « Vers une transformation du droit international ? Institutionnaliser le doute », in *Droit international 4*, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1999/2000, pp. 183-268.
- SANTA CRUZ M.**, "WTO panel on United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act", in C.M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp.191-214.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, « La protection des droits industriels dans la convention de Marrakech du 15 avril 1994 », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 291-305.
- « Le rôle des pays en voie de développement dans l'accord de Marrakech », *Les Petites Affiches*, 11 janvier 1995, n°5, pp. 29-32.
- « L'avenir international de la propriété industrielle », in *mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, pp. 571-582.

- « La propriété intellectuelle dans la mondialisation », *Propriété industrielle*, Juin 2006, n°6, Étude 20, pp. 27-29.
- SCHMITTER C.**, « La communauté européenne et l'Uruguay Round : incertitudes et faiblesses », *Europe*, chronique 5, juin 1994, pp.1-5.
- SELL S.K.**, "Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The quest for TRIPS, and post-TRIPS strategies", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Spring 2002, vol. 10, pp. 79-108.
- "The rise and rule of a trade-based strategy: Historical institutionalism and the international regulation of intellectual property", *Review of International Political Economy*, 2010, vol.17, n°4, pp. 762-790. En ligne: <http://themonkeycage.org/wpcontent/uploads/2011/10/sell.pdf> (consulté le 16 juin 2016).
- SERMET L.**, « Actualité de l'adhésion de la Communauté européenne aux organisations internationales et aux traités », *Annuaire Français de Droit International*, 1997, vol. 43, pp. 671-699.
- SEROIN I.**, « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'ALÉ, de l'ALÉNA, du GATT et de l'OMC », *Revue Juridique Thémis*, 2000, n°34, pp. 227- 270. En ligne à l'adresse suivante : <https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol34num1/seroin.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).
- SERVERIN É.**, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Centre de Recherche Critique sur le Droit-Saint-Étienne, Coll. Droit, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, pp. 73-91.
- SHABALALA D.**, "United States-Section 110(5) of the US Copyright Act: Summary and analysis", in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*. Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp.142-190.
- SHAFFER G.**, "Recognizing Public goods in WTO Dispute Settlement: Who Participates? Who Decides? The Case of Trips and Pharmaceutical Patent Protection", *Journal of International Economic Law*, June, 2004, vol. 7, pp. 459-482.
- SHANKER D.**, "The Vienna Convention on the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPs Agreement", *Journal of World Trade*, 2002, vol. 36, issue 4, pp. 721-772.
- "India, the Pharmaceutical Industry and the validity of TRIPS", *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, vol. 5, issue 4, pp. 315- 371.
- "Brazil, the Pharmaceutical Industry and the WTO", *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, vol. 5, issue 1, pp. 53-104.
- SIMON D.**, « La compétence de la Communauté européenne pour conclure l'accord OMC : l'Avis 1/94 de la Cour de justice », *Europe*, Chronique 9, décembre 1994, pp. 1-3.
- « Invocabilité des accords OMC en matière de propriété industrielle », *Europe*, n°11, novembre 2007, commentaire, n°282, pp.11-12.
- SIMONS J.J.**, "Cooperation and Coercion: The Protection of Intellectual Property in Developing Countries", *Bond Law Review*, vol. 11, issue 1, Article 5, 1999, pp. 59-97. En ligne : <http://www.austlii.edu.au/au/journals/BondLawRw/1999/4.html> (consulté le 26 janvier 2017).
- SIROËN J.-M.**, « L'unilatéralisme commercial des États-Unis », *Annuaire français de Relations Internationales*, 2000, pp. 570-582.

- SLATER G.L.**, “The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *The Georgetown Law Journal*, 2009, vol.97, pp. 1365-1408.
- SLOTBOOM M.M.**, « The Exhaustion of Intellectual Property Rights Different Approaches in EC and WTO LAW », *The Journal of World Intellectual Property*, May 2003, vol.6, issue 3, pp. 421-440.
- SOREL J.-M.**, « Article 31 de la Convention de Vienne 1969 », in O. Corten et P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1289-1338.
- STANBACK W.A.**, “International Intellectual Property Protection: an Integrated Solution to the Inadequate Protection Problem”, *Virginia Journal of International Law*, Winter 1989, vol.29, pp. 517- 560.
- STERN B.**, « L’intervention des tiers dans le contentieux de l’OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2003, n°2, pp. 257-303.
- STOLL J.-F.**, « L’ORD depuis l’accord de Marrakech », *Les Notes Bleues de Bercy*, 14 octobre 1999.
- « L’Organe de règlement des différends de l’Organisation mondiale du Commerce », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Coll. Contentieux Internationaux, Paris, Pedone, 2010, pp. 205 et s.
- SUBRAMANIAN A. & WATAL J.**, “ Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? ”, *Journal of International Economic Law*, 2000, vol.3, n°3, pp. 403-416.
- SUEUR T.**, « Quels avantages industriels peuvent-ils retirer des ADPIC ? », *Revue de la Propriété Industrielle et Artistique*, mars 2000, n°201, pp. 38-45.
- SUR S.**, « L’interprétation en droit international public », in P. Amselek (dir), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Bruylant, 1995, pp. 155-163.
- TANKOANO A.**, « L’Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) », *Droit et Pratique du Commerce International*, 1994, tome 20, n°3, pp. 428-470.
- « Nouveau droit des brevets des États membres de l’Organisation Africaine de la propriété intellectuelle, développement industriel et accès aux médicaments », *Revue Belge de Droit International*, 2005, n°1-2, pp. 669-699.
- THEVENOD-MOTTET E.**, « Une décision de l’organe de règlement des différends de l’OMC. Quels impacts pour la protection internationale des indications géographiques ? », *Économie rurale*, 2007/3, n° 299, pp. 58-69. Disponible à l’adresse suivante : <https://economierurale.revues.org/226> (consulté le 26 janvier 2017).
- THOMAS K., WANG P & FANSHU YANG F.**, “Recent WTO Disputes Involving the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights in China: Legal and Political Analysis”, *The China Policy Institute*, August 2007, Briefing Series, issue 24, pp. 1-12.
- TRACHTMAN, J.**, « La question de la compétence dans le système de règlement des différends de l’OMC », in R. Yerxa et B. Wilson (dir), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l’OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 142-155.
- TRACREDI A.**, « OMC et cotume(s) », in V. Tomkiewicz (dir.), avec la collaboration de Th. Garcia et D. Pavot, *Les sources et les normes dans le droit de l’OMC*, colloque de Nice des 24-25 juin 2010, Paris, Pedone, 2012, pp. 81-104.

- TRAN WASESCHA T.-L.**, « La mise en oeuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. La décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Litec, 2007, pp. 243-262.
- « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDI, 2005, pp. 135-183.
- TYLER T.R.**, "Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective", *New York University Journal of International Law and Politics*, 1997, vol. 29, pp. 219-236. En ligne: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4036&context=fss_papers (consulté le 26 janvier 2017).
- VAN DEN BOSSCHE P.**, « La constitution du « Tribunal mondial du commerce » : Origine et essor de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 67-85.
- VAN DEN BOSSCHE P., et MARCEAU G.**, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n° 3, pp.29-68.
- VAN EECKHAUTE J.CH.**, « Réglementation internationale de la propriété intellectuelle et intérêt général : le cas des discussions sur la propriété intellectuelle et l'accès aux médicaments », in B. Rémiche (dir.), *Brevets, innovation et intérêt général. Le brevet : pourquoi et pourquoi faire ?*, Colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Coll. Droit /Economie/International, Larcier, 2006, pp. 511-528.
-
- VANDOREN P.**, "Médicaments sans Frontières?. Clarification of the Relationship between TRIPS and Public Health resulting from the WTO Doha Ministerial Declaration », *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, vol.5, issue1, pp. 5-14.
- VARELLA M.D.**, "The WTO, Intellectual Property and AIDS- Case Studies from Brazil and South Africa", *The Journal of World Intellectual Property*, 2004, vol.7, issue 4, pp. 523-547.
- VIVAS-EUGUI D. & OLIVA M.J.**, "The WTO dispute on trademarks and geographical indications: some implications for trade policy- making and negotiations", in C. M. Correa (ed), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*. Volume II, Edward Elgar publishing, 2010, pp. 122-141.
- VELASQUEZ G.**, « L'accès aux médicaments est un droit de l'homme mais les médicaments pour tous sont une affaire privé », in I. Moine-Dupuis (dir.), *Le médicament et la personne. Aspects de droit international*, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Actes du Colloque des 22 et 23 septembre 2005-Dijon, Litec, 2007, pp.117-124.
- VERVILLE S.**, « La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2006, vol. 18, n°3, pp. 549-583, en ligne : <http://cpi.robic.ca/Cahiers/18-3/CPI%2018-3%20octobre%202006.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

- VIDON P.**, « Le chantier de la régulation internationale du commerce par le droit de la propriété intellectuelle », *Annuaire Français des Relations Internationales*, 2000, pp. 633-661.
- VINCENT PH.**, « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », *Revue Belge de Droit International*, 1995, n°2, pp. 486-513.
- VIVANT M.**, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, octobre 1997, n°174, pp. 61 et s.
- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 415- 428.
 - « Le système des brevets en question », in B. Remiche (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général. Le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier 2007, pp. 19-49.
- VON HASE A.M.**, "The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right", in C. M. Correa and A. A .Yusuf (ed.), *Intellectual property, and International Trade: The TRIPS Agreement*, Law & Business, Second Edition, Wolters Kluwer, 2008, pp. 83- 124.
- WAGNER S.**, "WIPO Focuses on Bold Program to Settle Disputes, Harmonize Laws", *World Intellectual Property Report*, BNA, vol.3, n°5, May 1989, pp. 109-111.
- WATAL J.**, "The TRIPS Agreement and Developing Countries Strong, Weak or Balanced Protection?", *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol.1, issue 2, pp. 281-307.
- "US-China Intellectual Property Dispute—A Comment on the Interpretation of the TRIPS Enforcement Provisions", *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol.13, issue 5, pp. 605-619.
- WECKEL PH.**, « Chronique de jurisprudence internationale », *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, n°1, pp. 175-206.
- « Conclusions générales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, n°2, pp. 541-549.
- WEIL P.**, « Le droit internationale économique, mythe ou réalité ?», in *Aspects du droit internationale économique*, Colloque d'Orléans, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 1972, pp. 1-34.
- WERNER J.**, "The TRIPS Agreement under the Scrutiny of the WTO Dispute Settlement System. The Case of Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products", *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, vol.1, issue 2, pp. 309-441.
- WHITE É.**, « Les règles de la preuve à l'OMC », *Les notes bleues de Bercy*, n°186, disponible en ligne: http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/regle.htm (consulté le 16 janvier 2014).
- WILLIAMS D.**, "Developing TRIPS Jurisprudence. The First Six Years and Beyond", *The Journal of World Intellectual Property*, 2001, vol.4, issue 2, pp. 177-209.
- WILSON B.**, « Le système de règlement des différends de l'OMC et son fonctionnement : Un bref aperçu des dix premières années », in R. Yerxa et B. Wilson (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 15-25.
- WILSON J.A.**, "Section 102 of the Uruguay Round Agreements Act: "Preserving" State Sovereignty", *Minnesota Journal of Global Trade*, Winter 1997, vol.6, pp. 401-428.
- YI-CHONG X.**, "Last chance? Multilateralism, TRIPS and developing Countries", in J. Malbon and Ch. Lawson (ed.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it Fair?*, Edward Elgar, 2008, pp. 46-70.

- YOUNG M.**, “ The WTO’s use of relevant rules of international law: An analysis of the Biotech case”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, 56 (4), pp. 907 – 929.
- YU P.K.**, “The objectives and principles of the TRIPS agreement”, in C. M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, Volume I, Edward Elgar, 2010, pp. 146-191.
- “The U.S.–China Dispute over TRIPS Enforcement”, *Intellectual Property Law Center, Occasional Paper Series*, 2010, n°5, pp.1-46, disponible en ligne: <http://www.law.drake.edu/clinicsCenters/ip/docs/ipResearch-op5.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).
- “TRIPS and its Achilles' heel”, *Journal of Intellectual Property Law*, Spring 2011, vol.18, pp. 479- 531.
- “Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA”, *SMU Law Review*, 2011, vol.64, n°3, pp. 975-1094.
- “ACTA and Its Complex Politics”, *The WIPO Journal*, 2011, vol. 3, issue 1, pp. 1-16.
- “THE ACTA/ TPP Country Clubs”, in D. Beldiman (ed.), *Access to Information and Knowledge 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance*, Elgar Intellectual property and Global Development series, Edward Elgar, 2013, pp. 258-283.
- “Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2004, vol.38, pp. 323-444, en ligne: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2453&context=llr> (consulté le 26 janvier 2017).
- “TRIPS and its Discontents”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Special issue, 2006, vol.10, pp. 369-410.
- “TRIPS Enforcement and Developing Countries”, *American University International Law Review*, 2011, vol.26, n°3, pp. 727-739.
- ZAMBELLI M.**, « L'amicus curiae dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *Revue internationale de droit économique*, 2005/2 t. XIX, 2, pp. 197-218.
- ZDOUC W.**, « Le délai raisonnable pour la mise en conformité avec les décisions et recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in R. Yerxa et B. Wilson, *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC, les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, pp. 94-104.
- ZOLLER E.**, « Guerre commerciale et droit international : Réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence », *Annuaire Français de Droit International*, 1989, vol.35, pp. 65-89.
- ZONNEKEYN G.A.**, “The Protection of Intellectual Property Rights under the EC Trade Barriers Regulation. An Analysis Of the IMRO Case”, *The Journal of World Intellectual Property*, May 1999, vol.2, issue3, pp. 357-370.

IV. Rapports, Thèses et Mémoires

A. Rapports

- JACQUET P., MESSERLIN P. ET TUBIANA L.**, *Le cycle du millénaire*, La Documentation française, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, 1999,

145 p, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004000893/0000.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

JOHNSON C. & WALWORTH D. J., *Protecting US. Intellectual Property Rights and the Challenges of Digital Piracy*, Office of Industries Working Paper, U.S. International Trade Commission, Washington, DC 20436, No. ID-05, March 2003, 30 p. En ligne : http://www.usitc.gov/publications/332/wp_id_05.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

LEVY M. ET JOUYET J.-P., *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de l'Emploi, novembre 2006, 168 p. Accessible en ligne à l'adresse suivante : http://www.iesf.fr/upload/pdf/economie_de_l_immateriel.pdf (consulté le 10 janvier 2016).

NATIONS UNIES, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, 15 p, disponible en ligne : <http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-3/Fragmentacion.pdf>. (consulté le 16 janvier 2017).

Statement of Robert B. Zoellick U.S. Trade Representative before the Committee on Finance of the United States Senate March 9, 2004, 17 p, en ligne: <http://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/030904rztest.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).

Robert Z. Lawrence, "The United States and the WTO Dispute Settlement System", The Bernard and Irene Schwartz Series on American Competitiveness, Council on foreign relations, march 2007, 41 p, en ligne: http://www.hks.harvard.edu/fs/rlawrence/United%20States%20and%20the%20WTO%20Dispute%20Settlement%20System.WTO_CSR25.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

United States General Accounting Office, *International Trade. Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, Report to Selected Congressional Subcommittees, GAO/NSIAD-87-65, Washington, April 1987, 62 p, en ligne <http://www.gao.gov/assets/150/145152.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

United States International Trade Commission, *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade*, USITC, Washington, D.C., USITC Publication 2065, February 1998, 164 p. En ligne: <http://www.usitc.gov/publications/332/pub2065.pdf> (consulté le 16 janvier 2016).

B. Thèses et Mémoires

BLIN O., *La Communauté européenne, le GATT et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Contribution à l'étude des rapports institutionnels entre la Communauté européenne et les organisations internationales*, Thèse de doctorat en droit, Université des sciences sociales de Toulouse, soutenue en juillet 1997, 572 p.

BORÉ EVENO V., *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Études comparative*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue le 26 novembre 2004, 636 p.

- CATTANEO O.**, *Le règlement des différends entre Etats en matière de propriété intellectuelle*, Thèse de doctorat en droit, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, soutenue en 2002, 307 p.
- FERCHICHI M.**, *L'Uruguay Round et le règlement des différends commerciaux interétatiques*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, soutenue en novembre 1996, 353 p.
- FRÉNEAU A.**, *Inégalité économique et égalité devant la justice de l'OMC : étude du fonctionnement et de la crédibilité du système de règlement des différends du point de vue des pays en développement*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1, Panthéon Sorbonne, soutenue en septembre 2004. 396 p.
- HERVÉ A.**, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université de Rennes 1, soutenue en septembre 2011, 706 p.
- KALINDA F.-X.**, *La protection des indications géographiques et son intérêt pour les pays en développement*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, soutenue en 2010, 450 p, disponible à l'adresse suivante : http://scd-theses.u-strasbg.fr/405/01/KALINDA_Francois-Xavier_2010.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- KLEMET-N'GUESSAN N. KOUAMÉ M.**, *La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay Round*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia Antipolis, soutenue en juillet 1995, 590 p.
- KIEFFER B.**, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Thèse de doctorat en droit, Université Robert Schuman, Strasbourg III, soutenue en 2006, 780 p.
- LHOMME B.**, *L'organe de règlement des différends (OMC) et le droit d'auteur*, Mémoire sous la direction du Professeur Pierre-Yves Gautier, Université Panthéon-Assas, 2002, 37 p.
- LORENZO L.**, *Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'OMC*, Thèse de doctorat en droit, Université Lumière Lyon 2, soutenue en 2003, 511 p, en ligne : file:///C:/Users/MOHAMED-ALI/Downloads/lorenzo_1.pdf (consulté le 27 janvier 2017).
- MOREAU ZEDNICEK A.**, *Le procès dans l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, soutenue le 23 mars 2007, 659 p.
- NGUYEN Th. Th. B.**, *Le système de règlement des différends de l'OMC : Etude des enjeux pour les pays en développement*, Thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, soutenue en novembre 2010, 450 p.
- SASTRE M.**, *La fonction du juge interne d'interprétation du droit international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice –Sophia Antipolis, soutenue le 9 juillet 1999, 445 p.
- SATO Y.**, *L'encadrement juridique de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, soutenue le 12 décembre 2007, 511 p.
- TOMKIWICZ. V.**, *L'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, soutenue en 2004, 619 p.

V. Jurisprudence

A. Rapports et décisions des organes de règlement des différends de l'OMC

1. Rapports des Groupes spéciaux du GATT de 1947

- Rapport du Groupe spécial, *Clause d'impression appliquée par les États-Unis (droit d'auteur)*, adopté les 15/16 mai 1984 (L/5609 - 31S/82), document BISD 31S/74.
- Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, adopté le 26 mai 1983 (L/5333 - 30S/111), document BISD 30S/107.
- Rapport du Groupe spécial, *Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, adopté le 10 novembre 1987 (L/6216 - 34S/92).
- Rapport du Groupe spécial, *Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique*, adopté le 8 novembre 1952, IBDD, S1/66.

2. Rapports des Groupes spéciaux de l'OMC

1997

- Rapport du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des États-Unis, (titre abrégé, *Inde — Brevets*), WT/DS50/R, distribué le 5 septembre 1997.
- Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes — Bananes III (Plainte déposée par le Guatemala et le Honduras)*, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, distribué 22 mai 1997.

1998

- Rapport du Groupe spécial, *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, distribué 31 mars 1998.
- Rapport du Groupe spécial, *Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, (titre abrégé, *Indonésie — Autos*) WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998.
- Rapport du Groupe spécial, *Corée — Taxes sur les boissons alcooliques*, (titre abrégé *Corée-Boisson alcooliques*), WT/DS75/R, WT/DS84/R, distribué le 17 septembre 1998.
- Rapport du Groupe spécial, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des Communauté européenne* (titre abrégé, *Inde — Brevets (Communautés européennes)*), WT/DS79/R, distribué le 24 août 1998, adopté le 22 septembre 1998.

1999

- Rapport du Groupe spécial, *Turquie-Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999.
- Rapport du Groupe spécial, *Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, (titre abrégé *Corée — Produits laitiers*), WT/DS98/R, 21 juin 1999.
- Rapport du Groupe spéciale, *États-Unis — Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieure*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999.

2000

- Rapport du Groupe spécial, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* (titre abrégé, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*), WT/DS114/R, distribué le 17 mars 2000, adopté 7 avril 2000.
- Rapport du Groupe spécial, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (titre abrégé, *Canada – Durée d'un brevet*), WT/DS170/R, distribué le 5 mai 2000 .
- Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (titre abrégé, *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*), WT/DS160/R, distribué le 15 juin 2000.
- Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenants*, WT/DS135/R, 18 septembre 2000.
- Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000.

2001

- Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, (titre abrégé, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*) WT/DS176/R, distribué le 6 août 2001.

2004

- Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre, plainte du Brésil*, WT/DS 266/R, distribué le 15 octobre 2004.

2005

- 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* (titre abrégé, *Communautés européennes – Marques et indications géographiques (États-Unis)*), WT/DS174/R, distribué le 15 mars 2005, adopté le 20 avril 2005.
- 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* (titre abrégé, *Communautés européennes – Marques et indications géographiques (Australie)*), WT/DS290/R, distribué le 15 mars 2005, adopté le 20 avril 2005.
- Rapport du Groupe spécial, *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie*, WT/DS312/R, distribué le 28 octobre 2005 .

2006

- Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, distribué 29 septembre 2006.

2008

- Rapport du Groupe spécial, *États-Unis — Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro* (titre abrégé, *États-Unis — Maintien de la réduction à zéro*), WT/DS350/R, 1^{er} octobre 2008.

2009

Rapport du Groupe spécial, *Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle* (titre abrégé, *Chine – Droit de propriété intellectuelle*), WT/DS362/R, distribué le 26 janvier 2009, adopté le 20 mars 2009.

3. Rapports de l'Organe d'appel

1996

Rapport précité de l'Organe d'appel, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (titre abrégé, *États-Unis — Essence*), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

Rapport *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (titre abrégé, *Japon – Boissons alcooliques II*), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996.

1997

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (titre abrégé, *CE – Bananes III*), WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine, tissés en provenance d'Inde* (titre abrégé, *États-Unis — Chemisiers et blouses, de laine*), WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997.

1998

Rapport de l'Organe d'appel *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (titre abrégé, *Inde – Brevets (États-Unis)*), WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998.

Rapport de l'Organe d'Appel, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* (titre abrégé, *CE Hormones*), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, WT/DS56/AB/R, 27 mars 1998.

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, 5 juin 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés Européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (titre abrégé, *États-Unis — Crevettes*), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique* (titre abrégé, *Guatemala — Ciment I*), WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998.

1999

Rapport de l'Organe d'appel, *Corée — Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers* (titre abrégé, *Corée — Produits laitiers*), WT/DS98/AB/R, distribué le 14 décembre 1999.

Rapport de l'Organe d'appel *Corée — Taxes sur les boissons alcooliques* (titre abrégé, *Corée — Boissons alcooliques*), WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999.

2000

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000.

Rapport de l'Organe d'appel *Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers* (titre abrégé, *Corée — Produits laitiers*), WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000.

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils. Recours du Brésil à l'article 21. 5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000.

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet* (titre abrégé, *Canada — Durée d'un brevet*), WT/DS170/AB/R, adopté le 12 octobre 2000.

2001

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, adopté le 10 janvier 2001. Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan* (titre abrégé, *États-Unis — Fils de coton*), WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001.

-Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis — Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (titre abrégé, *Mexique — sirop de maïs*), WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001.

2002

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (titre abrégé, *États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits*) WT/DS176/AB/R, adopté le 2 janvier 2002.

Rapport de l'Organe d'appel, *Chili — Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002.

2003

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* (titre abrégé, *États-Unis — Loi sur la compensation* (titre abrégé, *Amendement Byrd*)), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003.

2004

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.

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* (titre abrégé, *États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*), WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004.

2005

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (titre abrégé, *CE – Morceaux de poulet*), WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005.

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (titre abrégé, *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*), WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001.

2008

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique* (titre abrégé, *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*), WT/DS344/AB/R, adopté le 20 mai 2008.

2009

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Maintien de la réduction à zéro* (titre abrégé, *États-Unis — Maintien de la réduction à zéro*), WT/DS350/AB/R, distribué le 4 février 2009, adopté le 19 février 2009.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (titre abrégé, *États-Unis – Jeux*), WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1.

4. Décisions arbitrales

- Arbitrage au titre de l'article 21 :3 c) du Mémorandum d'accord

Décision de l'arbitre, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord*

sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS114/13, 18 août 2000.

Décision de l'arbitre, *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, plainte de la Communauté européenne, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/12, 15 janvier 2001.

Décision de l'arbitre, *Canada - Durée de la protection conférée par un brevet, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS170/10, 28 février 2001.

- Arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord

Décision des arbitres, *États-Unis — Article 110 5) de Loi sur le droit d'auteur. Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25))*, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001.

- Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

Décision des arbitres, *Communautés Européennes- Mesures concernant les viandes et les produits carnés. Plainte initiale des États-Unis. Recours des Communautés Européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999.

Décision des arbitres, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999.

Décision des arbitres, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000.

Décision des arbitres, *États-Unis – loi antidumping de 1916 (plainte initiale des Communautés européennes)-recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS136/ARB, 24 février 2004.

Décision de l'arbitre, *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontalières des services de jeux et paris. Recours des États-Unis à l'arbitrage de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007.

Décision de l'arbitre, *États-Unis — Subventions concernant le coton upland. Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009.

B. Arrêts et avis de la Cour de justice des Communautés européenne / Cour de l'Union européenne

- CJCE 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. joint 21/72 à 24/72, Rec.p.1219.

- CJCE, 15 novembre 1994, Avis 1/94, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, Rec., p. I-5267.
- CJCE, 24 mars 1995, Avis 2/92, Rec. p.521 .
- CJCE 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior e. a.*, aff C-300/98 et C-392/98.
- CJCE, 16 juin 1998, *Hermès International c/FHT Marketing Choice BV*, aff. C-53/96.
- CJCE, 23 nov. 1999, *Portugal c/ Cons. UE*, aff. C-149/96, Rec. CJCE 1999, I, p. 8395.
- *CJCE, 11 sept. 2007, aff. C-431/05, Merck Généricos-Productos Farmacêuticos Lda contre Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dohme Lda* : Rec. CJCE 2007, I, p. 7002.
- CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo Co. Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH/ DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, aff. C-414/11.

VI. Documents officiels du GATT, l'OMC et de l'OMPI

A. Documents officiels du GATT

- *Déclaration Ministérielle sur les Négociations d'Uruguay, GATT, Négociations commerciales multilatérales Négociations d'Uruguay*, document MIN.DEC, 20 septembre 1986.
- Documents de négociations d'Uruguay - Groupe de négociation sur les marchandises (GATT) - Groupe de négociation sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon:
- Suggestion des États-Unis pour atteindre l'objectif de négociation, document MTN.GNG/NG11/W/14, 20 octobre 1987.
- Suggestion de la Suisse pour atteindre l'objectif de négociation, document MTN.GNG/NG11/W/15, 26 octobre 1987.
- Lignes directrices proposées par la Communauté européenne pour les négociations sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, document MTN.GNG/NG11/W/16, 20 novembre 1987.
- Suggestion du Japon pour atteindre l'objectif de négociation, document MTN.GNG/NG11/W/17, 23 novembre 1987.
- Suggestion des pays nordiques pour atteindre l'objectif de négociation, document MTN.GNG/NG11/22, 12 février 1988.
- Projet d'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Communication des Communautés européennes, document MTN.GNG/NG11/W/68, 29 mars 1990.
- Projet d'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - Communication des États-Unis, document, MTN.GNG/NG11/W/70, 11 Mai 1990.
- Projet de modification de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce concernant la protection des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - Communication de la Suisse, document MTN.GNG/NG11/W/73, 14 Mai 1990.
- Principaux éléments d'un texte juridique pour les TRIP - Communication du Japon, Document, MTN.GNG/NG11/W/74, 15 Mai 1990.
- 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, document, MTN.GNG/NG11/W/71, 14 mai 1990.
- État d'avancement des travaux du Groupe de négociation - Rapport du Président au GNM, document MTN.GNG/NG11/W/76, 23 juillet 1990.

- Négociations d'Uruguay - Comité des négociations commerciales - Réunion à mi-parcours - [Effectué à Montréal du 5 au 9 décembre 1988 et à Genève du 5 au 8 avril 1989], document MTN.TNC/11, 21 avril 1989.
- Négociations d'Uruguay - Groupe de négociation sur les marchandises (GATT) - Groupe de négociation sur le règlement des différends - Système de règlement des différends du GATT - Note du Secrétariat, MTN.GNG/NG13/W/4, 10 juin 1987.
- Négociations d'Uruguay - Comité des négociations commerciales - Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round – Révision, document MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3 décembre 1990.
- Négociations d'Uruguay - Comité des négociations commerciales - Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round, document MTN.TNC /W/ FA, 20 décembre 1991.
- Note du secrétariat du GATT, « Concept, formes et effets de l'arbitrage », MTN.GNG/NG13/W/20, 22 février 1988.

B. Documents officiels de l'OMC

1. Communications et rapports

- OMC, *Communication du Directeur général, Article 5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DSB/25, 17 juillet 2001.
- OMC, *Rapport du Président M. l'Ambassadeur Ronald Sa Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales*, , JOB(08)/81, 18 juillet 2008, Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, TN/DS/25, 21 avril 2011.
- OMC, *Rapport du président M. l'Ambassadeur Ronald Sa Ronald Saborío Soto*, Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, TN/S/27, 6 août 2015.

2. Comptes rendus des réunions de l'ORD

- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 15 et 16 juillet 1996, WT/DSB/M/21, 5 août 1996.
- ORD, Compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC tenue au Centre William Rappard les 7 et 8 juillet 1999, document IP/C/M/24.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 novembre 1996, WT/DSB/M/26, 15 janvier 1997.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 25 février 1997, WT/DSB/M/29, 26 mars 1997.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 30 juillet 1997, WT/DSB/M/36, 17 septembre 1997.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 octobre 1997, WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 16 janvier 1998, WT/DSB/M/40, 18 février 1998.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 janvier 1998, WT/DSB/M/41, 26 février 1998.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 avril 1998, WT/DSB/M/45, 10 juin 1998.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 23 juillet 1998, WT/DSB/M/47, 18 septembre 1998.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 septembre 1998, WT/DSB/M/48, 20 octobre 1998.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 25 novembre 1998, WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 25, 28 et 29 janvier et 1er février 1999, WT/DSB/M/54, 20 avril 1999.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 28 avril 1999, WT/DSB/M/60, 21 juin 1999.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, les 22 et 24 septembre 1999, WT/DSB/M/68, 20 Octobre 1999.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 7 avril 2000, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 25 avril 2000, WT/DSB/M/79, 15 mai 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 27 juillet 2000, WT/DSB/M/86, 20 septembre 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 11 septembre 2000, WT/DSB/M/88, 29 septembre 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 26 septembre 2000, WT/DSB/M/89, 23 octobre 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 12 octobre 2000, WT/DSB/M/90, 31 octobre 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 23 octobre 2000, WT/DSB/M/91, 30 novembre 2000.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 janvier 2001, WT/DSB/M/97, 27 février 2001.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1er février 2001, WT/DSB/M/98, 20 mars 2001.

ORD, Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 24 juillet 2001, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 21 novembre 2001, WT/DSB/M/113, 17 décembre 2001.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 18 décembre 2001, WT/DSB/M/116, 31 janvier 2002.

ORD, compte rendu de la réunion de l'ORD tenue au Centre William Rappard, le tenue le 18 janvier 2002, document WT/DSB/M/117, 15 février 2002.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} février 2002, WT/DSB/M/119, 6 mars 2002.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 février 2002, WT/DSB/M/120, 13 mars 2002.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 24 juin 2003, WT/DSB/M/151, 12 août 2003.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard, le 2 octobre 2003, WT/DSB/M/156, 10 novembre 2003.

ORD, Compte rendu de la réunion de l'ORD tenue au Centre William Rappard le 20 avril 2005, WT/DSB/M/188, 18 mai 2005.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 19 mai 2005, WT/DSB/M/189, 17 juin 2005.

ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 juillet 2005, WT/DSB/M/194, 26 août 2005.

- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 janvier 2006, WT/DSB/M/203, 24 février 2006,
- ORD, Compte rendu de la réunion- tenue au Centre William Rappard le 21 avril 2006, WT/DSB/M/210, 30 mai 2006.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 31 août 2007, WT/DSB/M/238, 17 octobre 2007.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 25 septembre 2007, WT/DSB/M/239, 5 novembre 2007.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 20 mars 2009, WT/DSB/M/266, 19 mai 2009.
- ORD, Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard, le 20 avril 2009, WT/DSB/M/267, 26 juin 2009.
- ORD, Compte rendu de la réunion, tenue au Centre William Rappard le 19 mars 2010, WT/DSB/M/280, 28 mai 2010.
- ORD, Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 26 mars 2013, WT/DSB/M/330, 4 juin 2013.

3. Comptes rendus des réunions du Conseil des ADPIC, notes du Secrétariat et communications des Membres sur la question des plaintes en situation de non-violation et des plaintes motivées par une autre situation

- Comptes rendus des réunions du Conseil des ADPIC

- IP/C/M/21 Réunion tenue les 1er et 2 décembre 1998.
- IP/C/M/22 Réunion tenue le 17 février 1999.
- IP/C/M/23 Réunion tenue les 21 et 22 avril 1999.
- IP/C/M/24 Réunion tenue les 7 et 8 juillet 1999.
- IP/C/M/25 Réunion tenue les 20 et 21 octobre 1999.
- IP/C/M/26 Réunion tenue le 21 mars 2000.
- IP/C/M/27 Réunion tenue du 26 au 29 juin 2000.
- IP/C/M/28 Réunion tenue les 21 et 22 septembre 2000.
- IP/C/M/29 Réunion tenue du 27 au 30 novembre et le 6 décembre 2000.
- IP/C/M/30 Réunion tenue du 2 au 5 avril 2001.
- IP/C/M/32 Réunion tenue du 18 au 22 juin 2001.
- IP/C/M/33 Réunion tenue les 19 et 20 septembre 2001.
- IP/C/M/34 Réunion tenue les 27 et 28 novembre 2001.
- IP/C/M/35 Réunion tenue du 5 au 7 mars 2002.
- IP/C/M/36/Add.1 Réunion tenue du 25 au 27 juin 2002.
- IP/C/M/37/Add.1 Réunion tenue du 17 au 19 septembre 2002.
- IP/C/M/38 Réunion tenue du 25 au 27 novembre, le 29 novembre et le 20 décembre 2002.
- IP/C/M/39 Réunion tenue les 18 et 19 février 2003.
- IP/C/M/40 Réunion tenue les 4 et 5 juin 2003.
- IP/C/M/45 Réunion tenue le 21 septembre 2004.
- IP/C/M46 Réunion tenue les 1er et 2 décembre 2004.
- IP/C/M47 Réunion tenue les 8, 9 et 31 mars 2005.
- IP/C/M48 Réunion tenue les 14 et 15 juin 2005.
- IP/C/M/49 Réunion tenue les 25, 26 et 28 octobre, 29 novembre et 6 décembre 2005.
- IP/C/M/50 Réunion tenue les 14 et 15 mars 2006.
- IP/C/M/51 Réunion tenue les 14 et 15 juin 2006.

IP/C/M/52 Réunion tenue les 25 et 26 octobre 2006.
IP/C/M/53 Réunion tenue le 13 février 2007.
IP/C/M/54 Réunion tenue le 5 juin 2007.
IP/C/M/55 Réunion tenue les 23 et 24 octobre 2007.
IP/C/M/56 Réunion tenue le 13 mars 2008.
IP/C/M/57 Réunion tenue le 17 juin 2008.
IP/C/M/58 Réunion tenue le 28 octobre 2008.
IP/C/M/59 Réunion tenue le 3 mars 2009.
IP/C/M/60 Réunion tenue les 8 et 9 juin 2009.
IP/C/M/61 Réunion tenue les 27 et 28 octobre et 6 novembre 2009.
IP/C/M/62 Réunion tenue les 2 et 3 mars 2010.
IP/C/M/63 Réunion tenue les 8 et 9 juin 2010.
IP/C/M/64 Réunion tenue les 26 et 27 octobre 2010.
IP/C/M/65 Réunion tenue le 1er mars 2011.
IP/C/M/66 Réunion tenue le 7 juin 2011.
IP/C/M/67 Réunion tenue les 26 et 27 octobre et 17 novembre 2011.
IP/C/M/69 Réunion tenue les 28 et 29 février 2012.
IP/C/M/70 Réunion tenue le 5 juin 2012.
IP/C/M/71 Réunion tenue les 6-7 novembre 2012.
IP/C/M/72 Réunion tenue les 5-6 mars 2013.
IP/C/M/73 Réunion tenue les 11-12 juin 2013.
IP/C/M/74 Réunion tenue les 10-11 octobre 2013.
IP/C/M/75 Réunion tenue les 25-26 février 2014.
IP/C/M/76 Réunion tenue le 11 juin 2014.
IP/C/M/77 Réunion tenue les 28-29 octobre 2014.
IP/C/M/78 Réunion tenue les 24-25 février 2015.

- Notes du Secrétariat

OMC, Conseil des ADPIC, Note du Secrétariat, *Plaintes en situation de non-violation et Accord sur les ADPIC*, IP/C/W/124, 28 janvier 1999.
OMC, Conseil des ADPIC, Note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.1, 24 novembre 2004.
OMC, Conseil des ADPIC, Note récapitulative du Secrétariat, Révision, *Plaintes en situation de non violation et plaintes motivées par une autre situation*, IP/C/W/349/Rev.2, 19 octobre 2012.

- Communications des Membres

Communication des États-Unis d'Amérique, *Portée et modalités pour les plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*, document IP/C/W/194, 17 juillet 2000.
Communication du Canada, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, IP/C/W/127, 10 février 1999.
Communication du Canada, *Examen complémentaire de l'annulation ou de la réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, document IP/C/W/249, 29 mars 2001.

Communication de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, de Cuba, de l'Équateur, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, de la Malaisie, du Pakistan, du Pérou, de Sri Lanka et du Venezuela, *Annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation et dans une autre situation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC*, 30 octobre 2002, IP/C/W/385.

Proposition de Cuba, de l'Égypte, de l'Indonésie, de la Malaisie, du Pakistan et de la République dominicaine, *Annulation ou réduction de concessions ou d'avantages en situation de non-violation dans le cadre de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, IP/C/W/141, 29 avril 1999.

3. Documents officiels de l'OMPI

OMPI, *Traité envisagé sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Assemblée générale de l'OMPI, vingt et unième session (13^e session ordinaire), Genève, 22 septembre -1^{er} octobre 1997, Mémoire du Bureau international, document WO/GA/XXI/2, 30 avril 1997.

OMPI, *Comité d'experts sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Huitième session, Genève, 1^{er}-5 juillet 1996, *Projet de rapport établi par le bureau international, Projet de traité sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle*, Mémoire Bureau international, document SD/CE/VIII/2, 1^{er} mai 1996.

VII. Publications de l'OMC

OMC, FOCUS, *bulletin d'information*, avril 1998, n° 29.

OMC, *Comprendre l'OMC*, publication de l'OMC, 2010, 111 p.

OMC, *Module de formation au système de règlement des différends*, en ligne: https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s1p1_f.htm (consulté le 26 janvier 2017).

OMC, Module IX: *Les ADPIC et la santé publique*, en ligne: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules9_f.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2007*, Suisse, 2007, 418 p, en ligne: https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report07_f.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011, L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence*, 2011, 256 p, en ligne: https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report11_f.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

OMC E-Learning, *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Octobre 2011, 333 p, disponible à l'adresse suivante: https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_508/CourseContents/TRIPS-F-R3-Print.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement commercial international*, Rapport annuel du Directeur général, Genève, WT/TPR/OV/6, 22 novembre 2000.

SUTHERLAND P., BHAGWATI J. ET ALI., *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif au Directeur général de l'OMC, M. Supachai Panitchpakdi, Genève, OMC, 2004, 102 p, en ligne à

l'adresse suivante : http://www.ipu.org/splz-f/wto-symp05/future_WTO.pdf
(consulté le 26 janvier 2017).

YERXA R. ET WILSON B. (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC. Les dix premières années*, Organisation mondiale du commerce, 2007, 328 p.

VIII. Articles de journaux et communiqués de presse

- « (UE) UE/Etats-Unis - l'OMC a jugé discriminatoire la "section 211" de la loi américaine », *Agence Europe*, 4 janvier 2002.
- « UE/OMC – L'UE, la Grèce et les Etats-Unis sont parvenus à un règlement amiable du différend sur le ... », *Agence Europe*, 24 mars 2001.
- « UE/ETATS-UNIS - LE GESAC déçus par le règlement du différend sur les droits d'auteur », *Europolitique*, 17 novembre 2001.
- « Victoire des compositeurs européens de musique devant l'OMC », *Europolitique*, 29 avril 2000.
- « UE/OMC/Etats-Unis. Les auteurs et compositeurs européens se félicitent du verdict de l'OMC condamnant le régime américain des droits d'auteur », *Agence EUROPE*, 29 avril 2000.
- « (UE) UE/ETATS-UNIS/OMC - les États-Unis vont compenser les pertes de droits d'auteur dues à l'exonération accordée aux lieux publics », *Agence Europe*, 26 juillet 2001
- « UE/ETATS-UNIS - Conflit sur le droit d'user du nom de "Havana Club" », *Europolitique*, 15 septembre 1999.
- « UE/ETATS-UNIS/CUBA - une maigre victoire pour l'UE dans le dossier du rhum », *Europolitique*, 1^{er} septembre 2001.
- « UE/ETATS-UNIS/CUBA - succès de l'UE a l'OMC dans l'affaire du rhum "Havana Club" », *Europolitique*, 5 janvier 2002.
- « La décision de l'OMC au sujet du rhum est "partagée", selon la commission », *Europolitique*, 11 juillet 2001.
- « UE/ETATS-UNIS - Pernod défend son rhum a la Cour suprême des Etats-Unis », *Europolitique*, 10 juin 2000.
- « Guerre des brevets - Comment le Brésil résiste aux États-Unis », *Vigie Médecine, Agence pour la Diffusion de l'Information Technologique*, 1^{er} février 2002.
- « Échange de balles à l'OMC au sujet de l'industrie pharmaceutique », *Europolitique*, 9 décembre 1998.
- « OMC/UE/CANADA », *Agence Europe*, 24 mars 2000.
- « Le Canada se réjouit de l'adoption de la décision de l'OMC », Communiqué du 7 avril 2000, disponible à l'adresse suivante: <http://www.dfait-maeci.gc.ca> .
<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/index.aspx?lang=fra> (consulté le 14 juin 2013).
- « Le Canada est déçu de la décision rendue par l'Organe d'appel de l'OMC », *HAE*, n°240, 18 septembre 2000.: <http://www.dfait-maeci.gc.ca> (consulté le 12 mars 2014).
- BAUER A. et TOVI L.**, « OMC : un système d'arbitrage perfectible », *Les Echos*, 13 décembre 2005, p.9, disponible à l'adresse suivante : http://www.lesechos.fr/13/12/2005/LesEchos/19560-45-ECH_omc---un-systeme-d-arbitrage-perfectible.htm (26 janvier 2017).
- BENKIMOUN P.**, « Les États-Unis déposent plainte à l'OMC contre les médicaments génériques brésiliens », *Le Monde*, 5 février 2001.
- DE FILIPPIS V.**, « Havana Club, rhum de discorde. L'Union européenne attaque les Etats-Unis devant l'OMC pour protectionnisme », *Libération, Economie*, 5 juillet 2000.

- DUPUIS H.**, « Le procès de l'apartheid sanitaire », *Trends /tendances*, 1^{er} mars 2001.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Expertise Droit commercial L'OMC étend ses compétences à la protection des marques », *Le Monde*, 29 janvier 2002.
- HALPERN N.**, « Les laboratoires perdent une manche dans la bataille des génériques », *Les Echos*, 20 avril 2001.
- « Sida: Le procès de Pretoria donne la parole aux malades », *Les Echos*, 18 avril 2001.
- LATRIVE F.**, « Traité secret sur l'immatériel », *Le Monde Diplomatique*, mars 2010.
- MOUAFFAK S.**, « 50^{ème} anniversaire du Système commercial multilatéral, « LE CLUB », *Maroc Hebdo International*, n°324, du 23 au 29 mai 98.
- SACHWALD F.**, « La concurrence par l'innovation amène les entreprises à protéger leur capital intellectuel », *Le Monde*, 29 janvier 2002.
- TOVI L.**, « Guerre du rhum - l'OMC rend un verdict à double tranchant », *Les Echos*, 4 janvier 2002, p. 10, disponible à l'adresse suivante : http://www.lesechos.fr/04/01/2002/LesEchos/18565-044-ECH_guerre-du-rhum---l-omc-rend-un-verdict-a-double-tranchant.htm (26 janvier 2017).
- UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE**, “USTR-Designate Barshefsky Announces Resolution of WTO Dispute with Japan on Sound Recordings”, *press release* 97-04, 24 January 1997, en ligne : http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005579.asp (consulté le 16 janvier 2016).
- “WTO Issues Report Upholding Key Aspects of U.S. Law in Trademark Dispute”, *Press Release*, 2 January 2002, en ligne : <http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=2424&lan=EN> (consulté le 16 janvier 2016).

IX. Autres documents

- ABBOTT F.M.**, *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n°8, avril 2009, 70 p. En ligne: http://www.iprsonline.org/New%202009/foray_april2009.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3.14 TRIPS*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Geneva, 2003, 54 p. En ligne: http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add18_en.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- BNA**, “WIPO's Dispute -Resolution Talks Highlight Conflicts With GATT”, *World Intellectual Property Report*, April 1990, vol. 4, n° 4, pp. 78-79.
- CORREA C.**, *Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha*, Série « Economie de la santé et Médicaments, n°12, Organisation mondiale de la Santé, 2002, 59 p. Disponible à l'adresse suivante : <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4903f/s4903f.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- *Module de formation à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement, Études de la CNUCED sur les négociations commerciales et la diplomatie commerciale, Nations Unies, New York et Genève, 2010, 59 p, en ligne à l'adresse suivante : http://unctad.org/es/docs/ditctnkd20083_sp.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

- *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, novembre 2001, South Centre, 146 p, en ligne: <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/h2961f/h2961f.pdf> (consulté le 16 janvier 2017).
- DEBONS S.**, *La Déclaration de Doha et l'Accord sur les ADPIC Confrontation et sens*, Institut Universitaire d'Etudes du Développement, Itinéraires, Notes et Travaux n°64, Juillet 2002, 45 p, en ligne à l'adresse suivante : http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/developpement/shared/developpement/362/itineraires%20IUED/IUED_INT64_Debons.pdf(consulté le 26 janvier 2017).
- EIC CENTRE**, « La défense des intérêts commerciaux de l'Europe sur la scène mondiale : stratégie & outils à la disposition des entreprises », Val-de-Loire , 2005, 43 p, en ligne : http://ekocentre.com/mediatheque/Europethematique/Defense_valide_DG_Trade.pdf consulté le 10 janvier 2015).
- GRAIN.**, *Pour un réexamen total de l'article 27.3(b) des ADPIC. Une mise à jour de la position des pays en voie de développement sous la pression de l'OMC pour breveter le vivant*, mars 2000, en ligne : <file:///C:/Users/MOHAMED-ALI/Downloads/grain-77-pour-un-reexamen-total-de-l-article-27-3-b-des-adpic.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- KOSTECKI M.**, *Défense des intérêts de l'entreprise et la politique commerciale : comment la communauté des affaires des pays en développement peut-elle tirer parti du Cycle de Doha pour le développement ?*, Centre du Commerce International, Genève, avril 2002, 39 p, disponible à l'adresse suivante : <https://www.yumpu.com/fr/document/view/16545365/defense-des-interets-de-entreprises-et-politique-commerciale/5> (consulté le 26 janvier 2017).
- LATRIVE F.**, *Du bon usage de la piraterie. Culture libre, science ouverte*, version 9.3, Pour la liberté, 2009, 93 p. En ligne à l'adresse suivante : <http://perso.obspm.fr/marc.joos/piraterie.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- MASKUS K.E.**, *Intellectual Property Rights in the WTO Accession package: Assessing China's Reforms*, December 16, 2002, pp. 1-26, en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/maskustrips.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- MATTHEWS D.**, *Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights: Will The Uruguay Round Consensus Hold ?*, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation (CSGR), University of Warwick, Coventry, Working Paper No. 99/02, June 2002 , pp. 1-40. En ligne: http://wrap.warwick.ac.uk/2019/1/WRAP_Matthews_wp9902.pdf (consulté le 26 janvier 2017).
- MEDECINS SANS FRONTIERES**, *Les conséquences de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC en 2005 sur l'accès aux médicaments. Campagne d'Accès aux Médicaments Essentiels Médecins Sans Frontières*, Février 2005, pp. 1-5, accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.msf.fr/sites/www.msf.fr/files/2005-02-01-came.pdf> (consulté le 26 janvier 2017).
- MENDONÇA S.**, « L'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce », Fiche technique sur l'Union européenne, 2017, pp.1-4, disponible en ligne: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_6.2.2.pdf (consulté le 12 janvier 2017).
- READ R.**, *Trade dispute settlement mechanisms: The WTO dispute settlement understanding in the wake of the GATT*, Lancaster University Management School, Working Paper,

- 2005, pp. 1-23, accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://eprints.lancs.ac.uk/48758/4/TradeDispute.pdf> (consulté le 26 février 2017).
- RODESCH J.**, « Symposium sur l'accès aux marchés », Bruxelles, 28 novembre 2000, p.1, disponible en ligne: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/march/tradoc_112045.pdf (consulté le 16 janvier 2017).
- SAEZ C.**, « Suspension des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC: une alternative croissante en matière de sanction », *Intellectual Property Watch*, 16 May 2008, en ligne : <http://www.ip-watch.org/2008/05/16/suspension-des-obligations-au-titre-de-laccord-sur-les-adpic-une-alternative-croissante-en-matiere-de-sanction/> (consulté le 27 juin 2015).
- SHUIE F.**, « La mise en œuvre des décisions de l'ORD en matière de propriété intellectuelle dans les pays en développement », *ESIL Forum 2005*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Feng.PDF> (consulté le 26 janvier 2017).
- STILWELL M. & TUERK E.**, *Non-violation Complaints and the TRIPS Agreement: Some Considerations for WTO Members*, Center for international environmental law, May 2001, pp 1-13, en ligne à l'adresse suivante : http://www.ciel.org/Publications/Nonviolation_Paper1.pdf (26 janvier 2017).
- VOITURIEZ T.**, *Pourquoi le « développement » a piégé l'OMC*, Institut du développement durable et des relations internationales, Iddri Synthèse n°03, 2007, pp. 1-3, disponible à l'adresse suivante : http://www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_oeuoe_voituriez_OMC_developpement.pdf (consulté le 26 janvier 2017).

X. Sites internet

- Organisation Mondiale du Commerce: <https://www.wto.org/indexfr.htm>
- Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle : <http://www.wipo.int/portal/fr/>
- Union européenne : https://europa.eu/european-union/index_fr
- Office of the United States Trade Representative: <https://ustr.gov/>

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Accession à l'OMC, 55, 497
Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA), 130
Accord de libre-échange (ALE), 488
Accord général sur le commerce des services (AGCS), 35, 46, 60, 76, 101, 102, 152, 155, 158, 187, 259, 267, 268, 270, 478, 509
Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (GATT de 1994), 35, 45, 46, 101, 102, 155, 265, 267, 268, 270, 464, 478, 509
Accords visés, 35, 38, 52, 107, 133, 152, 200, 201, 203, 205, 216, 220, 225, 236, 246, 253, 254, 389, 392, 397, 485, 503, 504
Acquis négocié des droits et obligations des Membres, 479, 485, 492, 512
Action positive, 142
Adoption des rapports, 38, 227, 228, 231, 239, 325, 344, 373, 376, 454
ADPIC-Plus, 488
Affaire Brésil — Mesures affectant la protection conférée par un brevet (WT/DS199), 287, 309
Affaire Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques (WT/DS114), 195, 196, 208, 237, 240, 241, 306, 327, 336, 372, 374, 397, 404, 411, 414, 422, 430, 431, 433, 448, 464, 466, 479, 515
Affaire Canada — Durée d'un brevet (WT/DS170), 187, 195, 222, 239, 240, 327, 342, 372, 374, 375, 404, 407, 455
Affaire Chine — Droits de propriété intellectuelle (WT/DS362), 173, 188, 189, 195, 197, 207, 210, 235, 366, 372, 378, 398, 402, 407, 414, 467, 469, 474, 481, 483, 493, 495
Affaire Communautés européennes — Marques et indications géographiques (plainte de l'Australie, WT/DS290), 72, 188, 191, 195, 208, 210, 232, 233, 344, 347, 349, 372, 377, 397, 401, 411, 413, 431, 447, 448, 464, 466, 481, 483
Affaire Communautés européennes — Marques et indications géographiques (plainte des États-Unis, WT/DS174), 54, 72, 188, 191, 195, 208, 210, 231, 233, 344, 347, 350, 372, 377, 397, 401, 411, 413, 431, 447, 448, 464, 466, 481, 483
Affaire États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160), 79, 91, 195, 197, 208, 210, 211, 231, 237, 238, 240, 243, 254, 255, 263, 270, 360, 380, 387, 398, 405, 406, 413, 414, 431, 440, 480, 481, 483, 484, 493, 494, 497
Affaire États-Unis — Article 211, Loi portant ouverture de crédits (WT/DS176), 94, 195, 197, 210, 221, 232, 234, 243, 264, 345, 354, 380, 385, 387, 398, 400, 401, 414, 451, 464, 465, 481, 483, 493, 494, 516
Affaire États-Unis — Essence (WT/DS2), 391, 392, 393, 394, 397, 398
Affaire Havana Club, 90, 91, 355

Affaire IMRO, 90, 361
Affaire Inde — Brevets (WT/DS50), 104, 139, 148, 149, 151, 162, 188, 199, 200, 201, 207, 216, 217, 221, 222, 231, 233, 245, 246, 327, 333, 334, 335, 336, 372, 395, 396, 400, 402, 411, 460, 492, 500
Affaire Inde — Brevets (WT/DS79), 191, 195, 231, 233, 327, 333, 334, 372, 413, 500
Affaire Indonésie — Autos (WT/DS59), 225, 344, 345
Affaire Japon — Boissons alcooliques II, 393, 394, 499, 500
Affaire Pretoria, 137, 427
Ambiguïté, 136, 390, 430
- Ambiguïté constructive, 478
Amicus curiae, 79, 80
Approche maximaliste, 486
Approche minimaliste, 486
Arbitrage (au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord), 37, 170, 181, 255, 272, 381, 383
Article 23 du Mémorandum d'accord, 33, 35, 36, 113, 261
Article 64 de l'Accord sur les ADPIC, 33, 51, 96
- Alinéa 1, 33, 34, 96, 138, 165, 509
- Alinéa 2, 96, 148, 153, 161, 163, 278
- Alinéa 3, 153, 161, 162, 163
Attentes légitimes, 155, 202, 402, 403, 492, 499
Auto-qualification, 36
Autorisation de l'ORD, 250, 251, 258, 261, 274, 382
Autorité de l'ORD, 282, 388, 512
Autorité des précédents, 498
Avantage comparatif, 6, 8
Avantage compétitif, 7
Avis 1/94 de la Cour de justice des Communautés européennes, 60, 61, 62, 63, 67, 72

B

Bonne foi, 176, 177, 291, 400, 402, 403, 423
Bons offices, 37, 166, 170, 181, 182, 183, 184
Bureau international de l'OMPI, 210, 277, 481, 511, 512

C

Censure publique, 451, 467, 468
Charge de la preuve, 206, 208, 241, 298, 317
Choix du forum, 488
Cohérence, 220, 408, 479, 483, 484, 504, 511
Common law, 132, 209, 498
Compensations, 248, 249, 251, 252, 253, 256, 257, 258, 381
- Compensation pécuniaire, 249, 254, 257, 264, 272
Compétence exclusive, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 68, 69, 84
Compétence partagée, 60, 61, 62, 67, 82, 83, 84
Conciliation, 37, 166, 170, 181, 182, 183, 184

Conférence à mi-parcours de Genève de 1989, 21, 22, 24, 25, 27

Conférences ministérielles de l'OMC

- de Bali, 160
- de Buenos Aires, 161
- de Cancun, 158, 159, 487
- de Doha, 158, 427
- de Hong Kong, 160
- de Nairobi, 160

Confidentialité, 123, 216

Consensus inversé, 38

Consensus négatif, 192, 226, 228, 261, 263, 282, 325

Contexte élargi, 405, 414

Contrefaçon, 6, 7, 9, 11, 22, 23, 24, 25, 60, 75, 129, 369, 438, 469, 474, 475

Contre-mesure croisée, 259

Contre-mesures, 26, 36, 247, 259, 325

Convention de Berne, 10, 17, 48, 99, 101, 107, 108, 109, 164, 189, 205, 206, 210, 272, 273, 274, 279, 405, 418, 478, 480, 481, 482, 484, 493, 508, 509, 510, 511, 512

- Article 33, 17, 133
- Berne plus, 108

Convention de Paris, 10, 15, 17, 107, 109, 111, 115, 117, 123, 164, 189, 205, 206, 272, 273, 274, 279, 307, 310, 348, 351, 354, 355, 356, 358, 399, 478, 481, 482, 484, 493, 494, 508, 509, 510, 512

- Article 28, 17
- Article 8, 358, 399, 452, 453, 495
- Paris plus, 108

Convention de Rome, 48, 99, 101, 111, 478

Convention de Vienne sur le droit des traités, 201,

- 202, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 399, 507, 510
- Article 28, 456, 458
- Article 31, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 402, 410, 412, 413, 423
- Alinéa 1, 392, 402, 403, 404
- Alinéa 2, 405
- Alinéa 2 a), 405, 418
- Alinéa 3, 205
- Alinéa 3 b), 405, 406, 407
- Alinéa 3 c), 407, 409
- Article 32, 393, 398, 399, 412, 414, 454

Coopération OMC-OMPI, 20, 481

Corpus juridique, 398

Cour internationale de justice (CIJ), 17, 133, 172, 204, 279, 489

Cycle

- de Doha, 78
- de l'Uruguay, 12, 14, 19, 21, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 46, 47, 57, 59, 60, 74, 86, 87, 123, 124, 129, 136, 152, 307, 413, 478, 487, 490, 511
- de Tokyo, 23

D

Décision du 30 août 2003, 120, 310

Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, 120, 137, 147, 427, 428, 430

Déclaration de Punta del Este de 1986, 22, 23, 24, 25, 57

Délai raisonnable, 230, 231, 236, 242, 247, 248, 253, 261, 262, 263, 264, 373, 375, 376, 377, 382

- Déterminé par approbation par l'ORD, 231, 381

- Déterminé par arbitrage, 231, 235, 236, 238, 239, 240, 376, 381

- Déterminé par les parties, 231, 232, 233, 234, 235, 378, 515

Directeur général de l'OMC, 182, 184, 194, 196, 235, 238, 239, 262, 282, 329, 335, 337, 343, 350, 355, 361, 369, 512

Directeur générale du GATT, 32

Doctrines des exceptions mineures, 406, 416, 417, 418, 419, 483

Doctrines spécialisées, 482, 511

Documentation de l'OMPI, 482, 511

Droit applicable, 198, 203, 204, 205, 206, 220

Droit d'action au titre du Mémorandum d'accord, 53, 80, 97, 164

Droit moral, 97, 108, 109, 130, 131, 132, 133, 134, 273

Droits de l'homme, 78, 276, 408

Droits de propriété intellectuelle

- Droits privés, 46, 73, 164, 265, 266, 267

E

Échelle commerciale, 129, 469, 474, 475

Économie jurisprudentielle (principe), 212

Effet direct, 80, 81, 83, 84

Effet utile, 393, 398, 399

Endossement de la plainte privée, 85, 86, 87

Engagement unique, 35

Épuisement des droits de propriété intellectuelle, 97, 130, 131, 134, 135

- Épuisement international, 134, 135, 136
- Épuisement national, 134, 135, 136
- Épuisement régional, 134, 135
- Importations parallèles, 135, 137

Exception limitée, 112, 116, 119, 352, 353, 411, 422, 423, 425, 426, 432, 433, 434, 435, 436, 447, 448, 449

Exploitation locale, 292, 293

Exploitation normale, 110, 116, 119, 422, 423, 426, 432, 433, 436, 437, 440, 443, 444, 447, 480

F

Flexibilité, 156, 182, 428, 485

Fragmentation du droit, 410

H

Harmonie, 479, 483, 484, 511

I

Immatériel, 5, 6, 9, 15

Impartialité, 182, 201, 216

Incertitude juridique, 157

Incorporation des normes, 47, 107, 108, 122, 265, 273, 351

- Dynamique, 108
- Par renvoi, 48, 107, 189

Indépendance, 196

Innovation, 5, 6, 136

Intérêt pour agir, 172

Intérêts divergents, 47, 485
Intérêts légitimes, 110, 116, 119, 422, 423, 426, 432, 433, 438, 439, 440, 445, 446, 447, 449, 450, 451
Interprétation activiste, 201, 490, 492
Interprétation contradictoire, 428
Interprétation de l'Accord sur les ADPIC
- Approche interprétative, 201, 426, 479, 485, 491, 492, 512
- Démarche interprétative, 49, 201, 391, 402
- Méthode d'interprétation, 391, 392, 396, 507, 510
Interprétation extensive, 402, 486, 490, 512
Interprétation laxiste, 487
Interprétation restrictive, 23, 486, 512
Invocabilité, 74, 75, 81, 82, 84

J

Jurisprudence, 81, 82, 83, 84, 392, 415, 464, 465, 466, 475, 476, 501, 502, 504, 511

L

Licence obligatoire, 120, 156, 292, 298, 311, 316, 317

M

Mandat de Punta del Este, 23, 24, 26
Mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC, 22, 24, 25, 27, 28
Médiation, 37, 166, 170, 181, 182, 183, 184
Mesure positive, 140, 141
Mesures de rétorsion, 38, 247, 248, 251, 252, 253, 257, 258, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 283, 324, 371, 372, 510
Mesures unilatérales, 30, 33, 36
Moratoire, 139, 148, 152, 153, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 278
Motif d'action, 31, 139, 149, 164, 278
Motif légitime, 422, 425
Multilatéralisme agressif, 36

N

Niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, 255, 262, 269, 270, 271, 382
Noms commerciaux, 356, 358, 359, 399, 414, 451, 452, 453, 454, 455, 495
Normes minimales, 31, 75, 106, 107, 142, 154, 278, 326, 478

O

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), 10, 15, 17, 18, 19, 20, 27, 45, 46, 47, 100, 101, 103, 145, 265, 272, 273, 277, 279, 478, 479, 480, 481, 484, 508, 511, 512
Organisation Mondiale de la Santé (OMS), 296
Organisations non-gouvernementales (ONG), 78, 296

P

Période transitoire, 47, 96, 103, 121, 143, 144, 145, 146, 147, 297, 332, 335, 346, 460
Personnes privées, 73, 76, 77, 78
Piratage, 7, 11, 75, 129, 303, 323, 324, 469, 474, 475
Plaintes en situation de non-violation
- Alinéa 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994, 138, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 278, 509
Plaintes en situation de violation
- Alinéa 1 a) de l'article XXIII du GATT de 1994, 138, 139, 278, 509
Plaintes motivées par une autre situation
- Alinéa 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994, 138, 148, 151, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 162, 164, 278, 509
Politique commerciale commune, 63, 64, 65, 66, 69
Pouvoir discrétionnaire, 80, 88, 211, 470
Pratique ultérieure, 405, 406, 407
Préjudice injustifié, 110, 116, 119, 422, 423, 426, 432, 433, 438, 440, 445, 446, 447, 450
Président de l'ORD, 184, 186, 194, 243, 244, 324
Procédures de règlement des différends du GATT de 1974, 16, 18, 29, 31, 34
Projet de texte du futur Accord sur les ADPIC en matière de règlement des différends
- Projet Anell, 30
- Projet de Bruxelles, 31, 33
- Projet Dunkel, 33
Projet de Traité de l'OMPI sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle, 19
Protection de la santé, 422, 426

Q

Qualité à agir, 77
Qualité de Membre de l'OMC
- Communauté européenne/Union européenne, 54, 56, 57, 58, 59
- États, 54, 55, 73, 76, 164, 278, 508
- Territoires douaniers distincts, 54, 55, 73, 76, 164, 278, 508

R

Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC), 87, 88, 90, 361
Ressortissants, 52, 73, 74, 75, 76, 85, 99, 100, 101, 102, 145, 164, 265, 278, 303, 323, 346, 349, 351, 353, 356, 383, 464, 508, 509
Rétroactivité, 451, 455, 456, 457
Révolution technologique, 6

S

Saisine, 76, 164, 219, 278, 508
Secrétariat de l'OMC, 175, 182, 194, 212, 371
Secrétariat de l'Organe d'appel, 219
Spécial 301, 26, 27, 33, 36, 366

Spécialisation, 196, 197, 512
Standards minimums, 98, 104, 105, 140, 509

- Dessins et modèles industriels, 115
- Droit d'auteur, 109
- Droits connexes, 110
- Indications géographiques, 113
- Marques de fabrique ou de commerce, 111
- Renseignements non divulgués, 122
- Schémas de configuration de circuits intégrés, 121

Stare decisis, 498, 499, 501, 504

Suspension

- d'obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, 263, 265, 267, 268, 269, 275, 383
- d'obligations découlant des conventions internationales auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie, 272, 274, 275
- de concessions ou d'autres obligations, 247, 249, 261, 268

Système de boîte aux lettres, 145, 291, 329, 331, 372, 451, 460, 461, 462, 463

Système de règlement des différends du GATT de 1974, 28, 29, 249

T

Traité de Lisbonne, 58, 59, 63, 66, 67, 81, 83, 84

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), 405, 406, 480

Traité de Washington, 48, 99, 107, 108, 109, 122, 164, 189, 205, 273, 274, 478, 509

-Washington plus, 109

Traitement de la nation la plus favorisée (principe), 98, 100, 101, 135, 136, 137, 145, 254

Traitement national (principe), 98, 99, 100, 101, 135, 136, 137, 145, 274, 307, 346, 348, 351, 352, 353, 357, 451, 464, 465

Transparence (principe), 98, 102, 103, 104, 142

Triple test, 398, 421, 433, 440

U

Unilatéralisme, 35, 36, 37

United States Trade Representative (USTR), 27, 79, 211, 366

V

Violation par omission, 140, 141

W

Wrong case, 491, 512

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	1
ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION	5
I. L'historique des négociations de l'Uruguay Round sur les ADPIC en matière de règlement des différends	21
A. De la Déclaration de Punta del Este de 1986 à la Conférence à mi-parcours de Genève de 1989 : la question du « règlement des différends » dans la négociation sur les ADPIC.....	21
1. La Déclaration de Punta del Este de 1986 et la controverse autour de l'interprétation du mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC	22
2. La Conférence à mi-parcours de Genève de 1989 et la clarification du mandat du Groupe de négociation sur les ADPIC incluant explicitement la question du règlement des différends	25
B. De la Conférence à mi-parcours de Genève à la clôture de l'Uruguay Round : les évolutions de la négociation sur les ADPIC relative au règlement des différends	27
1. Les premières propositions en matière de règlement des différends dans le cadre du futur accord sur les ADPIC	28
2. L'évolution de la négociation sur le règlement des différends dans le cadre du futur accord sur les ADPIC	30
II. Le résultat final des négociations : l'application du nouveau système de règlement des différends de l'OMC aux différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC	34
PREMIÈRE PARTIE - LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC	51
TITRE 1 - LES DIFFÉRENDS RELATIFS À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU SENS DU MÉMORANDUM D'ACCORD	51
Chapitre 1 - Des différends entre Membres de l'OMC	52
Section 1 : Le statut de Membre de l'OMC, condition de l'action devant le prétoire de l'OMC	53
§1. La condition de « Membre » à l'action au titre du Mémoire d'accord.....	53
§2. Le statut particulier de l'Europe au sein de l'OMC	56
A. La double reconnaissance de l'Europe au sein de l'OMC : l'Union européenne et ses États membres	56
B. Le titulaire du droit d'agir en matière de règlement des différends dans le domaine des ADPIC : l'Union européenne et/ou ses États membres ?	59
C. La pratique de l'utilisation du système de règlement des différends par l'Europe durant ses premières années du fonctionnement.....	67
Section 2 : La situation des ressortissants des Membres de l'OMC victimes d'une violation de l'Accord sur les ADPIC	73
§1. L'impossibilité pour les ressortissants de faire valoir directement leurs droits.....	73
A. Au niveau international devant l'ORD	75
B. Au niveau national devant les ordres juridiques internes : le cas de l'Union européenne	80
§2. L'accès indirect ouvert par certains Membres de l'OMC à leurs entreprises privées lésées par une violation de l'Accord sur les ADPIC	85
A. La voie d'accès indirect au système de règlement des différends de l'OMC : la demande d'endossement de la plainte privée.....	85
B. Les deux affaires symptomatiques de l'endossement des plaintes privées au sein de l'Union européenne : « IMRO » et « Havana Club ».....	90
1. L'affaire « IMRO »	90

2. L'affaire « Havana Club »	91
Chapitre 2 - Des différends soumis au règlement en vertu de l'Accord sur les ADPIC	95
Section 1 : Des différends découlant de l'Accord sur les ADPIC	97
§1 : Les droits et obligations des Membres de l'OMC au titre de l'Accord sur les ADPIC	97
A. Le respect des principes prescrits par l'Accord sur les ADPIC	98
1. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée	98
2. La transparence	102
B. Le respect de standards minimums pour la protection de la propriété intellectuelle.....	104
1. Les normes relatives aux différentes catégories de droit de propriété intellectuelle	105
a. Droit d'auteur et droits connexes	109
b. Marques de fabriques ou de commerce.....	111
c. Indications géographiques.....	113
d. Dessins et modèles industriels	115
e. Brevets	116
f. Schémas de configurations de circuits intégrés	121
g. Renseignements non divulgués	122
2. Les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle	124
§2 : Le sort des secteurs écartés de l'Accord sur les ADPIC : le droit moral et l'épuisement des droits de propriété intellectuelle.....	131
A. Les droits moraux	131
B. L'épuisement des droits de propriété intellectuelle.....	134
Section 2 : Des différends nés d'une violation des obligations contractées au titre de l'Accord sur les ADPIC	137
§1. Les plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 a) de l'article XXIII du GATT de 1994 : le seul motif d'action autorisé à ce jour dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	139
A. Les comportements constitutifs d'une violation de l'Accord sur les ADPIC	139
B. La nécessaire prise en compte de la date d'application des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC avant de saisir l'ORD	143
§ 2. Les plaintes formulées au titre des alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 : une possibilité toujours non autorisée dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	148
A. Présentation générale des plaintes « en situation de non-violation » et plaintes « motivées par une autre situation »	148
1. Les plaintes « en situation de non-violation »	148
2. Les plaintes « motivées par une autre situation »	151
B. La faculté de formuler des plaintes « en situation de non-violation » et plaintes « motivées par une autre situation » dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC : une question toujours en discussion	152
1. Une application sujette à controverse	152
2. Un moratoire toujours en prorogation	158
Conclusion du Titre 1.....	164
 TITRE 2 - LE DÉROULEMENT DU PROCESSUS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC	 165
Chapitre 1- La phase de négociations	166
Section 1 : Les consultations bilatérales : première étape de règlement des différends au sein de l'OMC.....	166
§1. Une étape essentielle	166
A. Un cadre propice pour parvenir à un règlement amiable des différends	167
B. Une condition obligatoire pour déclencher les autres moyens de règlement des différends de l'OMC	169
§2. Une étape encadrée	171
A. Les formalités et les principes à respecter lors des consultations	171
B. Les délais à respecter lors des consultations	177
Section 2 : Les moyens complémentaires de règlement des différends de l'OMC lors de la phase de négociations : les bons offices, la conciliation et la médiation.....	181
§1. Les procédures de bons offices, la conciliation et la médiation	181
§2. La règle du consentement des parties au différend à la mise en application des procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation.....	183

Chapitre 2 - La phase contentieuse	184
Section 1 : L'examen des différends relatifs aux ADPIC par les organes indépendants : le Groupe spécial et l'Organe d'appel	185
§1. L'examen en première instance devant un Groupe spécial	185
A. L'établissement, le mandat et la composition d'un Groupe spécial	185
1. L'établissement d'un Groupe spécial	186
2. Le mandat d'un Groupe spécial	193
3. La composition d'un Groupe spécial	193
B. La compétence et le fonctionnement d'un Groupe spécial	198
1. La compétence d'un Groupe spécial	198
a. Les limites de la compétence d'un Groupe spécial	198
b. Le droit applicable	203
2. Le fonctionnement d'un Groupe spécial	206
a. La charge de la preuve	206
b. Le mode de fonctionnement	208
§2. L'examen en dernière instance devant l'Organe d'appel	214
A. L'appel et l'Organe d'appel	215
B. La compétence et le fonctionnement de l'Organe d'appel	217
1. La compétence de l'Organe d'appel	217
2. Le fonctionnement de l'Organe d'appel	219
§3. Les rapports des organes chargés du règlement des différends et leur adoption par l'ORD	222
A. Le rapport du Groupe spécial et son adoption par l'ORD	223
1. Le rapport du Groupe spécial	223
2. L'adoption par l'ORD du rapport du Groupe spécial	226
B. Le rapport de l'Organe d'appel et son adoption par l'ORD	227
Section 2 : La mise en œuvre des rapports des Groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD	229
§1. La mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD par la partie condamnée	229
A. Le délai raisonnable accordé à la partie condamnée pour exécuter les recommandations de l'ORD	230
1. La détermination du délai raisonnable par les parties du différend conformément à l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord	231
2. La détermination du délai raisonnable par arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord	235
B. La surveillance par l'ORD de la mise en œuvre de ses recommandations par la partie condamnée	242
C. Le cas du désaccord sur la mise en conformité des recommandations de l'ORD par la partie condamnée	245
§2. Le défaut de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD par la partie condamnée	247
A. Les compensations et mesures de rétorsion : des moyens temporaires de contrainte à l'exécution	248
1. Des mesures de contrainte à l'exécution	248
2. Des mesures temporaires à l'exécution	251
B. Les conditions du recours aux compensations et mesures de rétorsion dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	253
1. Les conditions de recours aux compensations	253
2. Les conditions de recours aux mesures de rétorsion	257
C. Les problèmes particuliers des mesures de rétorsion dans le domaine des ADPIC	264
1. La suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et le caractère privé des droits de propriété intellectuelle	265
a. L'atteinte à des droits privés	265
b. La difficile détermination du niveau des avantages annulés ou compromis subis à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC	269
2. La suspension d'obligations découlant des conventions internationales auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie	272
a. La possibilité de suspension d'obligations découlant des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie	272
b. Les difficultés juridiques et pratiques liées à la suspension d'obligations découlant des conventions auxquelles l'Accord sur les ADPIC renvoie	274

Conclusion du Titre 2	277
Conclusion de la première partie	278

DEUXIEME PARTIE - LE RÔLE DE L'ORD DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC..... 280

TITRE 1 - L'EFFECTIVITÉ DU RÈGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX ADPIC AU SEIN DE L'OMC 280

Chapitre 1 - L'ORD, une instance de dissuasion au contentieux pour favoriser le règlement amiable des différends relatifs aux ADPIC 282

Section 1 : Les différends relatifs aux ADPIC réglés au stade initial de la procédure de règlement des différends..... 283

§1. Les affaires réglées par un accord amiable officiellement notifiées à l'ORD.....	284
A. Le Japon.....	287
B. Le Pakistan.....	290
C. Le Brésil.....	292
D. L'Argentine.....	296
1. Argentine — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS171).....	297
2. Argentine — Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais (WT/DS196).....	298
E. L'Europe.....	299
1. Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37).....	299
2. Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115).....	300
3. Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83) et Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86).....	301
4. Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124) et Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125).....	303
§2. Les affaires présumées réglées à l'amiable ou abandonnées.....	304
A. Communautés européennes — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS153).....	305
B. États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives (WT/DS186).....	307
C. États-Unis — Code des brevets des États-Unis (WT/DS224).....	308
D. Union européenne et un État membre — Saisie de médicaments génériques en transit (WT/DS408 et WT/DS409).....	310
E. Chine — Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières (WT/DS372).....	312
Section 2 : Les efforts fournis par les défendeurs pour arriver à une « solution mutuellement satisfaisante » au différend.....	313
§1. Les cas du Japon, le Pakistan et l'Argentine.....	313
A. Le Japon.....	313
B. Le Pakistan.....	315
C. L'Argentine.....	316
§2. Le cas de l'Europe.....	318
A. Portugal — Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (WT/DS37).....	319
B. Irlande — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS82) et Communautés européennes — Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins (WT/DS115).....	320
C. Danemark — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS83).....	321

D. Suède — Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (WT/DS86).....	322
E. Communautés européennes — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS124) et Grèce — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (WT/DS125).....	322

Chapitre 2 - L'ORD, un acteur incontournable du règlement effectif des différends relatifs aux ADPIC

Section 1 : Les différends relatifs aux ADPIC et leur règlement par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel	326
§1- Dans le domaine de Brevets.....	327
A. Les affaires <i>Inde</i> — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (plaintes des États-Unis, WT/DS50 et des Communautés européennes, WT/DS79)	327
1. L'affaire <i>Inde</i> — Brevets (plainte des États-Unis, WT/DS50)	327
2. L'affaire <i>Inde</i> — Brevets (plainte des Communautés européennes, WT/DS79)	333
B. L'affaire <i>Canada</i> — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (WT/DS 114).....	336
C. L'affaire <i>Canada</i> — Durée de la protection conférée par un brevet (WT/DS 170)	342
§2. Dans le domaine des marques de fabrique ou de commerce /indications géographiques	344
A. L'affaire <i>Indonésie</i> — Certaines mesures affectant l'industrie automobile (WT/DS59)	345
B. L'affaire <i>Communautés européennes</i> — Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (plaintes des États-Unis, WT/DS174 et de l'Australie, WT/DS290)	347
C. L'affaire <i>États-Unis</i> — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176).....	354
§3. Dans le domaine du droit d'auteur et des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.....	360
A. L'affaire <i>États-Unis</i> — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)	360
B. L'affaire <i>Chine</i> — Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter (WT/DS362).....	366
Section 2 : Les décisions de l'ORD dans le domaine des ADPIC et leur respect par les Membres condamnés	371
§1 - La mise en œuvre effective des décisions de l'ORD par les Membres condamnés dans le domaine des ADPIC	372
A. L'Inde	372
B. Le Canada	374
C. L'Union européenne	377
D. La Chine	378
§2. L'unique Membre condamné n'ayant toujours pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD dans le domaine des ADPIC : les États-Unis	380
A. L'état de la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD relatives à l'affaire <i>États-Unis</i> — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (WT/DS160)	380
B. L'état de la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD relatives à l'affaire <i>États-Unis</i> — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (WT/DS176).....	385
Conclusion du Titre 1	388

TITRE 2 - L'INCONTESTABLE CONTRIBUTION DE L'ORD DANS LA CLARIFICATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC..... 389

Chapitre 1 - La démarche interprétative des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le contexte du règlement des différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC..... 391

Section 1: Une méthode d'interprétation fondée sur l'application des règles énoncées dans la Convention de Vienne sur les droits des traités	391
§1. Le mérite de l'Organe d'appel à la mise en place d'une méthode d'interprétation des Accords de l'OMC.....	392
§2. Une méthode d'interprétation applicable à l'Accord de l'OMC sur les ADPIC	396
Section 2 : L'approche retenue par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne à l'Accord sur les ADPIC	399
§1. La règle générale d'interprétation : l'article 31 de la Convention de Vienne	399

A. Une interprétation de bonne foi selon le sens ordinaire des termes	400
B. Une interprétation restituée dans son contexte	403
C. Une interprétation à la lumière de « l'objet et du but » du traité.....	410
§2. Les moyens complémentaires d'interprétation : l'article 32 de la Convention de Vienne.....	412
Chapitre 2 - L'apport des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC	415
Section 1 - Les principales questions examinées par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	415
§1. Les questions relatives aux exceptions prévues par l'Accord sur les ADPIC	416
A. La portée de la doctrine des exceptions mineures et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ..	416
B. La portée de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC: le cas de la protection de la santé comme motif légitime d'exception au droit des brevets.....	422
C. Les conditions applicables pour évaluer la validité des exceptions ou des limitations à certains droits de propriété intellectuelle	431
1. Dans le domaine des brevets : l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC	432
a). « <i>Exceptions limitées</i> »	434
b). « <i>Qui ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet</i> » ..	436
c). « <i>Ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers</i> »	438
2- Dans le domaine du droit d'auteur : l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC	440
a). « <i>Certains cas spéciaux</i> »	442
b). « <i>Qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre</i> »	443
c). « <i>Ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit</i> »	445
3. Dans le domaine des marques : l'article 17 de l'Accord sur les ADPIC	447
a). « <i>Exceptions limitées</i> »	449
b). « <i>Qui tiennent compte des intérêts légitimes du titulaire de la marque et des tiers</i> »	450
§2. Les autres questions cruciales concernant l'Accord sur les ADPIC	452
A. La protection des « noms commerciaux » au titre de l'Accord sur les ADPIC	452
B. La question de la non- rétroactivité de l'Accord sur les ADPIC.....	455
C. Le système de boîte aux lettres	460
D. Le principe du traitement national dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	464
E. La protection du droit d'auteur et la censure publique	467
F. Les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle	469
1. Les articles 46 et 59 de l'Accord sur les ADPIC.....	470
2. L'article 61 de l'Accord sur les ADPIC	475
Section 2 : Vers l'émergence d'une jurisprudence au titre de l'Accord sur les ADPIC.....	476
§1. La contribution non négligeable des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la clarification de l'Accord sur les ADPIC	478
A. Une mission de clarification extrêmement complexe	478
1. La recherche de cohérence avec le cadre normatif des conventions administrées par l'OMPI .	480
2. Le respect de l'équilibre de l'acquis négocié des droits et obligations des Membres	485
B. Une contribution importante	493
1. Une contribution inédite	494
2. Une contribution influente.....	496
§2. L'autorité des précédents rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.....	499
A. Le concept <i>stare decisis</i> et son inapplicabilité dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC	499
B. Le concept de précédent et son importance pour la sécurité et la prévisibilité du système commercial de l'OMC.....	501
Conclusion du Titre 2.....	507
Conclusion de la deuxième partie	507
CONCLUSION GÉNÉRALE	508
LISTES DES TABLEAUX.....	515

LISTE DES ANNEXES	517
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	523
INDEX	580
TABLE DES MATIÈRES	584