

Note d'information 10, juin 2010

ACTA* : UNE NOUVELLE ENTRAVE POUR LA RÉALISATION DES DROITS HUMAINS ?

Résumé

L'association 3D appelle la communauté des défenseurs des droits humains à suivre de près les négociations internationales visant à renforcer les droits de propriété intellectuelle (DPI). Cette note d'information considère en particulier l'Accord sur la lutte contre la contrefaçon dans le commerce ou ACTA. En effet, les négociations de l'ACTA sont devenues l'emblème d'une vision maximaliste de la mise en œuvre des DPI et d'une stratégie offensive pour la réaliser, contraire aux fondements d'intérêts publics des DPI. Le but de ce papier est de montrer que si cette vision est réalisée, à l'aide de ses biais rhétoriques et stratégies de négociation agressives, le risque est grand de se retrouver face à un nouveau cadre institutionnel international qui fera obstacle à la réalisation des droits humains, tant sur le plan national que sur le plan international.

* ACTA = Acronyme anglais de Anti-Counterfeiting Trade Agreement

Le cadre actuel pour faire respecter les DPI

Le cadre juridique de référence international actuel est l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ou ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). C'est la troisième partie de l'ADPIC qui règle les « Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle ». Elle stipule que les Membres de l'OMC doivent mettre à disposition des voies administratives et juridiques pour permettre à un détenteur d'un DPI de dénoncer des violations.¹ La charge de la preuve pèse sur ce dernier, qui doit fournir aux autorités désignées des informations suffisantes avant de pouvoir entamer une procédure à l'encontre d'une violation présumée. Cette partie de l'ADPIC prévoit aussi des mesures aux frontières² pour « l'importation de marchandises de marque contrefaites ou de

marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur ».³ Ces mesures – la saisie des marchandises soupçonnées, la mise à l'écart de celles-ci des circuits commerciaux et des sanctions pour les responsables des violations – ne peuvent être déclenchées qu'après que le détenteur aie fournit des preuves suffisantes aux autorités. Dans ce cas, les autorités chargées du contrôle des frontières peuvent saisir la marchandise soupçonnée durant un maximum de dix jours dans l'attente qu'une des parties en cause recoure aux autorités compétentes. Enfin, l'ADPIC stipule à l'article 41 que les états ne doivent pas prévoir un système juridique distinct pour faire respecter les DPI de celui qui vise à faire respecter la loi en général. Cet article précise aussi que les moyens pour faire respecter les DPI ne peuvent pas être utilisés pour créer des obstacles au commerce et que des mesures pour éviter les usages abusifs doivent être fournies.

D'où vient l'ACTA et pourquoi faut-il s'alerter ?

Pour les états qui négocient l'ACTA, les mesures contenues dans l'ADPIC sont largement insatisfaisantes. Ils voient la nécessité de négocier un cadre ultérieur qui stipule, sur le plan international, des conditions minimales pour mieux faire respecter les DPI. C'est la délégation japonaise qui propose de négocier l'ACTA lors d'une rencontre du G8 en 2005. Le premier cycle de négociation a eu lieu en juin 2008 entre les Etats-Unis, l'Union Européenne, la Suisse, le Japon, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, le Canada, le Maroc, le Mexique, la République de la Corée et Singapour.⁴ C'est seulement au mois d'avril 2010 qu'un premier texte de négociation a été rendu public après de fortes pressions de la part de la société civile et de plusieurs parlements nationaux.⁵ Alors que le titre du traité exprime explicitement l'objectif de lutte contre la contrefaçon et la piraterie, en réalité, la substance couverte est beaucoup plus vaste.

La lecture du texte de négociation montre – malgré les tensions repérables dans les différentes positions des pays participants – que le texte va bien au delà du cadre ADPIC exposé ci-dessus. Dans le chapitre dédié aux mesures applicables aux frontières, l'ACTA⁶ vise notamment à déplacer la responsabilité du contrôle du respect des DPI sur les autorités des frontières. Vu que la définition des actes de contrefaçon et de piraterie est élargie et floue, le risque est grand de voir tous les DPI inclus dans le traité, alors que dans le cadre de l'ADPIC, les mesures possibles sont clairement attachés au droit des marques et au droit d'auteur. En outre, ces mesures seront valables non seulement pour les marchandises importées, mais aussi pour celles exportées ou simplement en transit.

L'ACTA prévoit donc que les autorités des frontières saisissent *d'office* les marchandises soupçonnées de violer un DPI et prennent contact seulement après avec le détenteur du DPI. C'est une différence fondamentale par rapport à l'ADPIC, qui implique que l'état est chargé de faire respecter un droit privé, en épargnant aux détenteurs des DPI à la fois les frais liés au contrôle de leurs droits et la charge de fournir les preuves de la violation du droit. En outre, le texte de négociation ne contient ni une clause de sauvegarde face aux abus possibles, ni des flexibilités quant à l'utilisation sans licence de biens protégés par un DPI.

Déséquilibre évident entre droits et obligations

L'ACTA véhicule une vision maximaliste des DPI fondée sur un déséquilibre entre les droits et les obligations des détenteurs d'un droit. En effet, l'ACTA vise à donner à ces derniers un droit absolu, en oubliant qu'avant tout les DPI doivent être un instrument d'utilité publique, censés promouvoir le processus d'innovation et la diffusion du savoir et des connaissances. Pour cette raison, la portée des droits octroyés par n'importe quel DPI devrait toujours être limitée en faveur de cet objectif public. D'où la nécessité d'analyser les DPI singulièrement, car chacun de ces droits porte sur des objets différents et chacun fonctionne de manière spécifique.⁷ D'où la nécessité également de comprendre la portée des DPI octroyés et d'imposer des obligations et exceptions de façon à ce qu'ils ne soient pas détournés de leur utilité publique. Par exemple, on ne peut pas s'attendre à ce que le cadre juridique régissant les moyens de faire respecter le droit d'auteur soit le même que celui qui vise le respect des brevets.⁸

Certaines propositions dans le texte de négociation⁹ de l'ACTA concernant les définitions de piraterie et de contrefaçon sont confuses et tombent exactement dans

le piège d'imposer un modèle unique pour faire respecter les différents types de DPI existants. Les gouvernements justifient ce modèle avec un discours qui confond des arguments sécuritaires – comme par exemple la santé publique – aux motivations justifiant un renforcement des moyens pour faire respecter la propriété intellectuelle – comme par exemple la lutte contre la contrefaçon des marques. Le résultat issu de ce discours justifiant l'ACTA est un cadre déconcertant dont on n'arrive plus à saisir les possibles limites d'application. Ainsi, des médicaments génériques dans un pays peuvent devenir ailleurs des *dangereux médicaments piratés ou contrefaits qui violent à la fois un droit de marque et un brevet* et leur transit être bloqué. Ceci n'est pas un exemple spéculatif : des médicaments génériques indiens ont été saisis lorsqu'ils transitaient par des ports européens vers des pays d'Afrique ou d'Amérique Latine,¹⁰ mettant en danger la réalisation du droit à la santé dans ces pays. Pour ces raisons, nous pouvons affirmer que l'ACTA va bien au-delà de l'objectif déclaré d'être un traité sur des moyens de faire respecter les DPI, car il a un contenu substantiel très important qui vise à inscrire, dans un accord international, un cadre de DPI beaucoup plus strict que celui prévu par l'ADPIC. Ceci pose une menace sérieuse à la réalisation des droits humains dans les pays les moins avancés, touchant surtout les classes sociales les plus démunies qui ne peuvent pas se permettre de payer le surcoût généré par ce renforcement des DPI sur des biens fondamentaux tels que les médicaments ou les livres scolaires. L'ACTA impose des mesures qui peuvent être classifiées comme ADPIC-plus. Celles-ci visent à éliminer les flexibilités et les limitations des DPI prévues dans l'ADPIC, qui permettent aux pays en développement d'avoir au moins une marge de manœuvre restreinte pour mettre en place un cadre juridique de propriété intellectuelle qui

soit, dans la limite du possible, adapté à leurs besoins.

Le problème du « forum shopping »

Après des années de lutte pour faire avancer les intérêts des pays en développement face à ceux des entreprises multinationales au sein des arènes clés où se débattent les questions liées à la propriété intellectuelle – comme par exemple avec le système des licences obligatoires pour les médicaments décidées dans le cadre du cycle de Doha à l'OMC ou l'Agenda du Développement à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) - la communauté des défenseurs des droits humains doit s'interroger sur les modalités qui ont permis à l'ACTA de voir le jour, ceci afin de développer des stratégies permettant de répondre constructivement à ces initiatives.

En effet, une fois que ces questions ont trouvé une place sur l'agenda de l'OMC et de l'OMPI, les pays industriellement avancés ont cherché, en utilisant différentes stratégies, de court-circuiter ces négociations pour continuer à imposer un cadre de propriété intellectuelle qui favorise les acteurs les plus puissants de leurs économies.

→ Ils ont imposé, avec plus ou moins de succès, des provisions ADPIC-plus dans les accords bilatéraux de libre-échange. Par exemple, l'accord de libre-échange que l'UE est en train de négocier avec l'Inde prévoit entre autre de protéger avec un droit exclusif les bases de données utilisées par les multinationales pharmaceutiques dans les procédures d'autorisations des nouveaux médicaments pour cinq ans à partir de l'échéance du brevet.¹¹ Cette mesure vise à défavoriser les producteurs de génériques indiens qui sont ainsi obligés, soit à produire eux mêmes ces données, soit à attendre cinq

ans de plus avant de pouvoir commercialiser leurs produits moins chers. Indirectement, ceci affecte les classes sociales les plus démunies dans les pays en développement pour lesquelles ces médicaments sont souvent les seuls accessibles.

- Ils ont fait recours à différentes arènes internationales pour poursuivre des négociations ADPIC-plus, en sélectionnant des organisations internationales dont la structure institutionnelle leur garantit une position de force, de façon à pouvoir orienter l'agenda des négociations. Ce phénomène dit de « forum shopping »¹² a permis l'émergence d'une multitude d'initiatives internationales à caractère maximaliste. C'est le cas notamment de l'initiative SECURE à l'Organisation mondiale des douanes ou de l'initiative IMPACT à l'Organisation mondiale de la santé.
- En poussant à l'extrême le « forum shopping », on arrive à l'ACTA. Ce dernier est négocié parmi un groupe restreint de pays intéressés. Outre les mesures décrites ci-dessus, il vise la création d'une nouvelle organisation internationale indépendante de l'OMPI et de l'OMC. Bien que l'ACTA soit négocié à huit clos et dans le secret, certaines parties contractantes ont quand même permis aux acteurs du secteur privé les plus puissants de s'exprimer sur le contenu du texte de négociation.¹³ Ainsi, aujourd'hui on est confronté à un texte qui ne fait que renforcer les droits des détenteurs des DPI au détriment de l'intérêt public.

Comment réagir à ces évolutions ?

Il est important de combattre l'ACTA et les autres initiatives qui visent à imposer une approche maximaliste des DPI. Il faut donc œuvrer en faveur d'un environnement international qui considère également *les moyens de faire respecter les*

obligations que les détenteurs de DPI ont face à la société et plus particulièrement face aux plus démunis. Il est nécessaire d'inclure des limitations, des flexibilités et des exceptions dans chaque système DPI pour éviter les abus et permettre aux pays en développement et surtout aux pays les moins avancés (PMA) de concevoir un système de propriété intellectuelle leur permettant de satisfaire leurs besoins fondamentaux en matière de santé, d'éducation et d'alimentation. À cet égard, la communauté des défenseurs des droits humains peut jouer un rôle important dans ce processus sur au moins deux points :

- Les droits humains peuvent et doivent être utilisés comme indicateurs pour illustrer l'impact négatif d'un cadre trop strict de propriété intellectuelle sur la satisfaction des besoins fondamentaux. Il n'est pas nécessaire d'attendre la conclusion des négociations et la ratification de l'ACTA pour comprendre que ce traité peut avoir des impacts négatifs sur la réalisation des droits à l'éducation, à la santé et à une alimentation saine et suffisante. Vu que l'ACTA inclut les marchandises en transit, il ne faudrait même pas attendre qu'un grand nombre de pays y adhère, car déjà s'il est ratifié par les parties contractantes, il aura vraisemblablement un impact adverse sur la réalisation des droits humains dans les pays tiers. En effet, les médicaments génériques saisis en Europe nous donnent un exemple des obstacles que ce type de cadre maximaliste pose à la réalisation des droits humains les plus fondamentaux. Il faut alors se demander qui est le pirate ici, celui qui produit un bien pour satisfaire le besoin des plus démunis ou celui qui, à la moitié du voyage, s'accapare de la cargaison ? En plus, l'absence d'une exception pour la recherche et la formation implique que l'ACTA risque d'élargir ces pratiques aux domaines de l'éducation et de l'accès à l'information, en affectant la

circulation du matériel scolaire, l'accès à l'information et aux contenus culturels via Internet.¹⁴ En outre, si l'ACTA couvrait aussi les brevets, avec leur diffusion dans le domaine agroindustriel, il risque de limiter et d'accroître encore plus le contrôle sur la circulation des semences, posant un problème global de sécurité alimentaire. Enfin, une fois ce traité conclu, les pays membres feront pression sur leurs partenaires commerciaux pour les faire rejoindre,¹⁵ sans que ces derniers puissent facilement en changer le contenu.

- Les droits humains peuvent aussi fournir un moyen pour endiguer le phénomène du « forum shopping ». En effet, les états membres des Nations Unies ont tous signé au moins une convention sur les droits humains et ils se sont donc engagés à œuvrer pour leur réalisation à la fois au niveau national et au niveau international. Il faut donc que la communauté des défenseurs des droits humains rappelle aux états leurs obligations dans le cadre des processus d'évaluation auxquels ils se soumettent périodiquement. Les états seront ainsi obligés de répondre et de justifier leurs positions de négociation à propos de la propriété intellectuelle et de chercher la cohérence avec leurs obligations en matière des droits humains. Par exemple la Suisse et des membres de l'UE notamment, les Pays-Bas et l'Allemagne, seront examinés lors de la prochaine session d'évaluation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) en novembre 2010, suivis par la Nouvelle Zélande en février 2011.

Conclusions

Notre époque se caractérise toujours par de fortes inégalités dans la réalisation des droits économiques, culturels et sociaux dans les différentes régions du globe. La propriété intellectuelle joue un rôle

important dans le maintien de ces inégalités car elle peut limiter l'accès à des biens essentiels pour la réalisation de ces droits. Pour une partie importante de la population mondiale, la hausse des prix engendrés par la mise en œuvre de provisions strictes de propriété intellectuelle devient une barrière insurmontable. Les brevets contribuent donc à l'exclusion d'une partie de la population mondiale de l'accès aux médicaments ou aux aliments indispensables. De même, le droit d'auteur risque d'entraver la diffusion de matériel éducationnel. En plus, les brevets ralentissent le transfert technologique vers les pays du Sud, alors qu'ils permettent aux pays du Nord de s'accaparer les savoirs et les ressources traditionnels de ces régions.

Le temps est donc venu pour s'interroger sur les obligations, les flexibilités, les exceptions et les limitations qu'il faut opposer à l'étendue des DPI, afin que ceux-ci cessent d'être un obstacle pour la réalisation globale des droits humains. Il est nécessaire de rappeler ici que l'article 7 de l'ADPIC prévoit que : « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ».¹⁶ Afin de préserver cet équilibre, il est donc nécessaire de s'interroger, dans le cadre de négociations multilatérales, sur l'utilité publique de chaque DPI en utilisant les droits humains comme cadre de référence plutôt que, comme le fait l'ACTA, de s'isoler dans un *club* exclusif qui vise un renforcement unilatéral des droits octroyés aux détenteurs de DPI. Il ne faut pas oublier que les pays du Nord, pendant leur période de développement économique, ont

toujours joui d'une énorme marge de manœuvre pour pouvoir adapter leurs systèmes de DPI à leurs objectifs de développement.¹⁷ Il suffit de rappeler que la Suisse permet la brevetabilité des médicaments seulement depuis 35 ans environ ou que les Etats-Unis ont longtemps octroyé des DPI à leurs ressortissants qui importaient une nouvelle technologie brevetée ailleurs et inconnue sur le sol états-unien. Ces mêmes actes, qui sont aujourd'hui qualifiés par ces pays comme des actes de « piraterie intellectuelle » se trouvent au fondement de leur développement économique.

Claudio Brenni
Assistant de programmes

¹ ADPIC, Articles 41 à 62, OMC, 1994

² ADPIC, Section IV, Partie III, OMC, 1994

³ ADPIC, Art. 51, OMC, 1994

⁴ Les Emirats Arabes faisaient aussi partie des négociations, mais ils se sont retirés par la suite.

⁵ Comme l'initiative PublicACTA :

<http://publicacta.org.nz/> ou les prises de positions de différentes parlementaires des parties contractantes :

<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4737/125>

⁶ L'ACTA ne se limite pas aux mesures aux frontières, mais il comprend aussi les violations des DPI sur Internet, dans l'audiovisuel, pour plus d'information : <http://www.michaelgeist.ca> , <http://www.laquadrature.net>

⁷ Pour plus d'information sur la confusion générée par la notion de droit de propriété intellectuelle :

<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html>

⁸ Dans le cadre du même DPI, on devrait aussi s'interroger si les différents biens couverts ne nécessitent pas une différenciation dans le type de protection offert. Par exemple : est-ce que le droit d'auteur qui couvre un logiciel informatique doit avoir la même portée que celui qui couvre une publication ?

⁹ Grâce au texte filtré en mars, nous pouvons attribuer ces propositions aux Etats-Unis, le Japon, l'Union Européenne et au Mexique.

¹⁰ Pour les détails :

<http://www.evb.ch/fr/p25015680.html> ,

<http://www.evb.ch/fr/p25016127.html> et

<http://www.southcentre.org/index.php?option=com>

[_content&task=view&id=1072&Itemid=279&lang=en](#)

¹¹ Pour plus d'information:

<http://www.bilaterals.org/spip.php?article17423>

¹² Pour plus d'information et d'exemples: Sell, S., « The global IP upward, anti-counterfeiting and piracy enforcement efforts: the state of play », George Washington University, June 2008

¹³ À travers le bureau du Représentant américain au commerce que des entreprises privées et des associations représentant les intérêts de certains secteur privés ont eu l'occasion d'être consultés sur le contenu de l'ACTA. Pour plus d'information :

<http://www.keionline.org/node/660>

¹⁴ Nous n'avons pas traité ici du chapitre qui concerne les moyens pour faire respecter les DPI sur la toile. Pour plus d'information :

www.laquadrature.net, www.michealgeist.ca, www.keionline.org

¹⁵ Par exemple, en posant l'adhésion à l'ACTA comme pré requis dans des nouveaux accords de libre-échange, plutôt que dans des accords de transfert technologique.

¹⁶ ADPIC, Article 7, OMC, 1994

¹⁷ Nous notons ici que l'article 8 de l'ADPIC prévoit que, dans les limites prévus par l'accord, les États ont le droit d'adapter leur système de DPI pour éviter qu'il met en danger la santé publique, la sécurité alimentaire et l'intérêt public dans les secteurs vitaux pour le développement socio-économique.

Bibliographie :

ACTA, le document consolidé avec les positions des différentes parties contractantes du 18 janvier 2010 et mis en ligne en mars 2010 :

http://www.laquadrature.net/wiki/ACTA_20100118_version_consolidated_text

ACTA, le document officiel publié en avril 2010 :

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf

Durisch, Patrick, 'Les médicaments génériques du Sud bientôt hors-la-loi ?', *Solidaire* 203, La déclaration de Berne, avril 2009

Gabarell, Laurent, *A political history of intellectual property*, Genève : IHEID, Octobre 2006

Li, Xuan, Correa, Carlos (eds.), *Intellectual Property Enforcement*, Cheltenham : South Center and Edward Elgar Publishing, 2009

PIJIP, 'Urgent ACTA Communiqué', American University Washington College of Law, June 2010, <http://www.wcl.american.edu/pijip/go/acta-communique>

Reid Smith, Sanya, *Intellectual Property in Free Trade Agreements*, Penang: Third World Network, 2008

Sell, Susan, 'The global IP upward, anti-counterfeiting and piracy enforcement efforts: the state of play', George Washington University, June 2008,

http://www.twinside.org.sg/title2/intellectual_property/development.research/SusanSellfinalversion.pdf

Stallman, R., 'Did You Say "Intellectual Property"? It's a Seductive Mirage', GNU, <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html>

Sites Internet utiles pour suivre l'évolution des négociations ACTA :

La quadrature du Net www.laquadrature.net

Blog de Micheal Geist www.michealgeist.ca

Knowledge Ecology International www.keionline.org

IP-Watch www.ip-watch.org

Acronymes :

ACTA : Accord sur la lutte contre la contrefaçon dans le commerce

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

CESCR : Comité des droits économiques, sociaux et culturels

DPI : Droits de propriété intellectuelle

G8 : Groupe des Huit (Allemagne, Canada, Etats-Unis, France, Italie, Japon, Royaume-Uni, Russie)

OMC : Organisation mondiale du commerce

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

PMA : Pays les moins avancés

UE : Union européenne