



**Déclaration de Berne**  
**Dichiarazione di Berna**  
**Erklärung von Bern**

**alliance****sud**

Communauté de travail  
Swissaid · Action de Carême · Pain pour  
le prochain · Helvetas · Caritas · Eper

## **Analyse critique de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)**

Etat le 12 novembre 2010

*Pour plus d'informations :*

- Patrick Durisch, Responsable du programme santé, Déclaration de Berne  
021 620 03 06, [durisch@ladb.ch](mailto:durisch@ladb.ch)
- Isolda Agazzi, Responsable du commerce international, Alliance Sud  
021 612 00 97, [isolda.agazzi@alliancesud.ch](mailto:isolda.agazzi@alliancesud.ch)

## L'analyse critique en bref

La Suisse, l'Union européenne, les Etats-Unis et le Japon ont annoncé en octobre 2007 vouloir négocier de manière plurilatérale un Accord de lutte contre la contrefaçon et le piratage, plus connu sous son acronyme anglais d'ACTA<sup>1</sup>. Par la suite, sept autres pays – dont seuls deux en développement, le Mexique et le Maroc – se sont joints aux négociations. Cet accord est aujourd'hui pratiquement sous toit. Son but affiché est de renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre la contrefaçon et le piratage, considéré comme un phénomène prenant de l'ampleur.

La Déclaration de Berne et Alliance Sud demandent aux autorités suisses de rejeter l'ACTA dans sa forme actuelle, pour les raisons suivantes :

- L'ACTA est une tentative d'instaurer de nouvelles normes maximalistes en matière de propriété intellectuelle, au-delà des accords de l'OMC existants, en se donnant l'apparence d'un traité protégeant les consommateurs contre les faux médicaments dangereux pour la santé. Or ceux-ci ne seront pas touchés par l'ACTA. La propriété intellectuelle est importante pour le commerce, mais elle n'est pas l'instrument adéquat pour agir sur la qualité des médicaments.
- L'ACTA est un traité plurilatéral négocié hors des enceintes multilatérales légitimes comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Ce faisant, la majorité des pays en développement a été exclue de la table de négociation, et risque de se voir imposer ces nouvelles normes dans le cadre de futurs accords bilatéraux de libre-échange avec les pays parties prenantes à l'ACTA.
- Les négociations de l'ACTA ont été menées à huis clos, sans réel débat public ni publication régulière de l'avancement des travaux, contrairement à ce qui se fait communément dans les enceintes multilatérales. Le Parlement a aussi été tenu à l'écart, ce qui est contraire à la Loi sur le Parlement (LParl)<sup>2</sup> pour des négociations internationales qui auront un impact sur d'autres pays, notamment ceux du Sud qui n'ont pas participé aux négociations. L'absence de débat démocratique pour un traité d'une telle importance est clairement inacceptable.
- Malgré des améliorations notables apportées au texte au fil des négociations, l'ACTA menace toujours le commerce international de médicaments génériques, vital pour les pays pauvres. Par rapport aux accords de l'OMC existants, l'ACTA étend de manière abusive la définition de « contrefaçon », instaure un climat de suspicion sur l'ensemble des acteurs impliqués dans la fabrication et la diffusion de médicaments génériques légaux du Sud, autorise des saisies et destructions *ex officio* de lots suspectés de « contrefaçon » par les douanes des pays de transit, se substitue à la justice dans le cas de mesures de droit civil, et favorise de manière inéquitable les détenteurs de droits de propriété intellectuelle au détriment de leurs concurrents. En outre, l'ACTA place les douanes dans le rôle de surveillants et d'arbitres au service d'intérêts privés, avec des reports de charge du privé vers le service public.
- Le mandat de négociation octroyé par le Conseil fédéral était assorti d'une condition claire: la Suisse ne doit pas signer l'ACTA si ce dernier outrepassait des lois nationales et nécessitait un changement de la législation actuelle. A ce jour, il est loin d'être clair si tel est vraiment le cas. Au sein de l'Union européenne ou des Etats-Unis, plusieurs analyses récentes ont montré que les provisions actuelles de l'ACTA pouvaient entrer en conflit avec des lois nationales. En outre, un mécanisme permet au futur Comité d'ACTA de procéder à des amendements lors des conférences annuelles des Etats signataires ; des dispositions controversées pourraient dès lors être (ré)introduites ou renforcées par la suite, une fois l'accord déjà ratifié.

<sup>1</sup> Accord commercial anti-contrefaçon (Anticounterfeit Trade Agreement – ACTA). Pour le texte intégral de l'ACTA, voir sous <https://www.ige.ch/fr/infos-juridiques/domaines-juridiques/contrefacon-et-piraterie/acta.html>

<sup>2</sup> RS 171.10, Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (Etat le 1<sup>er</sup> février 2010), Article 152, Alinéa 3 ([http://www.admin.ch/ch/fr/rs/171\\_10/index.html](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/171_10/index.html))

## L'analyse critique en détail

Les points critiques exposés ci-dessous concernent à la fois la manière dont l'ACTA a été négocié et ses implications négatives dans le domaine de l'accès aux médicaments. Les aspects liés à son application dans le domaine de l'informatique/internet<sup>3</sup>, autre dimension majeure visée par l'ACTA, ne sont pas traités ici.

### 1. Un processus de négociation opaque et antidémocratique

Sous prétexte que les autres pays refusaient d'entrer en matière sur une renégociation de l'ADPIC, les parties prenantes à l'ACTA ont négocié hors des enceintes multilatérales légitimes, court-circuitant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et excluant ainsi la majorité des pays en développement de la table de négociation. Ces organisations sont pourtant dépositaires des accords internationaux existants (Accord ADPIC, Convention OMPI) et garantes de l'équilibre entre les droits et les devoirs des différents acteurs dans le système international de propriété intellectuelle.

Les négociations ont été menées à huis clos, sans réel débat public ni publication régulière de l'avancement des travaux. Onze cycles formels de négociations ont été organisés durant ces trois années. Seules deux versions du texte ont été rendues publiques, l'une en avril 2010 et l'autre le 6 octobre dernier, à l'issue du dernier cycle formel de négociations au Japon. Les parlements nationaux ont aussi été tenus à l'écart des négociations durant cette période. Préoccupé par ce processus opaque, le Parlement européen a réclamé davantage de transparence dans les négociations, en votant à une écrasante majorité (633 contre 13) une résolution dans ce sens le 4 mars 2010, et en demandant régulièrement des comptes à la Commission européenne, en charge des négociations. Au niveau suisse, à notre connaissance, le parlement n'a pas débattu de l'ACTA et de ses conséquences, à l'exception d'une question posée par un conseiller national et d'un point de discussion au sein de la Commission de Politique Extérieure du Conseil National en avril dernier.

L'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), mandaté tardivement par le Conseil fédéral pour négocier cet accord au nom de la Suisse, a mis sur pied deux séances dites d'information et de consultation au sujet de l'ACTA en janvier et en juin 2010 à l'attention des milieux intéressés (ONG, acteurs économiques, etc.). Ces séances n'ont toutefois donné lieu qu'à des réponses convenues de l'IPI et n'ont pas donné l'impression de pouvoir influencer le cours des négociations. L'IPI prévoit d'organiser une nouvelle séance le 19 novembre prochain, mais cette démarche s'apparente davantage à un fait accompli qu'à une réelle consultation vu l'imminence de la finalisation de l'accord. A la demande de la Déclaration de Berne, accompagnée dans sa démarche par d'autres organisations de la société civile<sup>4</sup>, l'IPI avait accepté d'organiser une rencontre entre organisations de la société civile et négociateurs de l'ACTA le 28 juin dernier à Lucerne, lors du cycle formel de négociations organisé par la Suisse. Bien qu'ayant permis un échange nourri et apprécié par toutes les parties en présence, le texte de l'accord n'a pas été publié pour autant à la fin du cycle de Lucerne.

Même si l'IPI s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur d'une publication plus fréquente de l'état d'avancement des travaux, il s'est soumis bon gré mal gré aux règles de non-transparence que les parties en présence se sont imposées. Ces dernières sont exposées dans un document « Maintaining Confidentiality of Documents »<sup>5</sup>, dont le statut est peu clair.

<sup>3</sup> Section 5 : Enforcement of Intellectual Property Rights in the Digital Environment

<sup>4</sup> Alliance Sud, Medicus Mundi Suisse, Médecins sans Frontières, Health Action International, Oxfam International, 3D, La Quadrature du Net, Third World Network, Washington College of Law

<sup>5</sup> Disponible sur <http://bit.ly/b23KAc>

Une eurodéputée a interpellé récemment la Commission européenne sur la nature de l'ACTA<sup>6</sup>. La question est de savoir si l'ACTA a été présenté comme un accord commercial uniquement pour justifier de la confidentialité des négociations. Dans les faits, l'ACTA s'apparente plutôt à un traité d'application de la loi (*law enforcement treaty*), vu la place importante accordée aux mesures civiles et pénales, et une telle confidentialité ne se justifie donc pas.

⇒ *L'absence de débat démocratique pour un traité d'une telle importance est clairement inacceptable.*

Nous estimons qu'il y a un devoir de participation et de débat public pour un tel traité, sachant que l'ACTA aura un impact sur d'autres pays, notamment ceux, majoritairement du Sud, qui n'ont pas participé aux négociations. En outre, ce court-circuitage est contraire à la Loi sur le Parlement (LParl)<sup>7</sup>, qui prévoit que « le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes en matière de politique extérieure sur les orientations principales et sur les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes avant d'adopter ou de modifier ce mandat. Le Conseil fédéral informe ces commissions de l'état d'avancement des travaux dans la perspective des orientations prises et de l'avancement des négociations ».

Enfin, selon le site internet de l'IPI récemment mis à jour, « les dispositions régissant l'application des droits, plus particulièrement celle permettant de combattre efficacement la contrefaçon et le piratage, doivent trouver leur juste place dans tout chapitre traitant de la protection de la propriété intellectuelle dans les accords de libre-échange »<sup>8</sup>. Même si l'IPI s'en défend, l'histoire a montré que la Suisse peut poser comme condition à des partenaires du Sud l'adhésion à un traité international existant dans le cadre de négociations d'accords bilatéraux de libre-échange.

⇒ *Les pays en développement risquent de se voir imposer par la Suisse les nouvelles normes ACTA dans le cadre de futurs accords bilatéraux de libre-échange*

## **2. Le titre de l'accord n'est pas en adéquation avec son contenu.**

Au sens de l'Accord ADPIC<sup>9</sup>, une contrefaçon est une violation volontaire d'une marque déposée, comportant une dimension commerciale. Pourtant, les versions du texte ayant fait l'objet de fuites contenant les positions des pays négociateurs ont montré que la Suisse et l'Union européenne (UE) ont fortement poussé pour que l'ACTA englobe toutes les catégories de propriété intellectuelle telles que définies dans l'Accord ADPIC. Celles-ci comprennent les droits d'auteur, les brevets, les indications géographiques, et d'autres. Or ces catégories dépendent de lois différentes, avec leurs mécanismes propres de mises en application. L'objectif d'ACTA va donc plus loin que la seule lutte contre les contrefaçons, en tentant de ficeler dans un même paquet toutes les violations de la propriété intellectuelle, et d'y appliquer une seule batterie de mesures en matière d'actions en justice (*remedies*), d'injonctions (*injunctions*) et de réparation des dommages (*damages*).

<sup>6</sup> Question de l'eurodéputée M. Schaake (NL) à la Commission (28/10/2010) : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WQ+E-2010-8847+0+DOC+WORD+V0//EN&language=EN>

<sup>7</sup> RS 171.10, Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (Etat le 1<sup>er</sup> février 2010), Article 152, Alinéa 3 ([http://www.admin.ch/ch/fr/rs/171\\_10/index.html](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/171_10/index.html))

<sup>8</sup> <https://www.ige.ch/fr/infos-juridiques/domaines-juridiques/contrefacon-et-piraterie/acta.html#c4004>

<sup>9</sup> Accord sur les Aspects de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce ([http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/intel2\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm))

### 3. L'ACTA met en péril le commerce international des médicaments génériques

#### 3.1 Brevets et violations de marque relevant du droit civil

Si les brevets ont finalement été retirés du chapitre concernant les mesures aux frontières (*Border measures*), la question de maintenir ou non les brevets dans celui consacré aux mesures de droit civil (*civil enforcement*) fait toujours l'objet de négociations. Les Etats-Unis, pourtant réputés durs en matière de propriété intellectuelle, ont proposé d'exclure les brevets des mesures de droit civil. S'ils y restent, tels que le préconisent l'UE et la Suisse, une violation d'un brevet dans un pays de transit où le produit est protégé pourra toujours être passible d'actions en justice. Le spectre des saisies de lots de génériques en transit, telles que celles survenues au sein de l'Union européenne entre 2008 et 2009, ne sera ainsi pas levé, dissuadant même encore davantage le commerce international de médicaments génériques par la menace de barèmes de dédommagement plus élevés. En autorisant les douanes d'un pays de transit à saisir des lots sur simple suspicion de violation de brevet, l'ACTA va plus loin que l'Accord ADPIC, pour lequel seuls les statuts du médicament dans le pays producteur et le pays destinataire comptent.

⇒ *Les brevets doivent être entièrement exclus du périmètre de l'ACTA*

Outre les brevets, l'inclusion des violations de marque dans les mesures de droit civil crée également un obstacle au commerce des génériques, comme l'a montré un cas survenu en Allemagne. En 2009, des génériques indiens parfaitement légaux destinés à la République de Vanuatu, ont été confondus par des douaniers de Francfort avec un produit de marque lors de son transit européen, de par la ressemblance du nom. La cargaison d'antibiotiques, représentant plus de 75'000 traitements, a été saisie *ex-officio* par les autorités douanières, avant d'être libérée quatre semaines plus tard pour sa destination finale. Or les génériques portent souvent un nom proche du médicament original, du fait qu'ils découlent tous deux du système international de dénomination unique des substances pharmaceutiques (*International Nonproprietary Name – INN*), ainsi que pour indiquer au consommateur qu'il s'agit d'un produit bioéquivalent, aux mêmes vertus médicamenteuses. La mise en œuvre de l'ACTA risque dès lors de multiplier ce genre de confusions, volontaires ou non, et de l'étendre au sein de tous les pays signataires.

⇒ *Les violations civiles de marques déposées doivent aussi être exclues du périmètre de l'accord*

Enfin, l'un des arguments principaux mis en avant pour justifier de l'ACTA, à savoir la protection des consommateurs et de la santé publique, n'est qu'un paravent pour justifier d'une radicalisation du système de propriété intellectuelle en faveur des fabricants de médicaments originaux. La propriété intellectuelle est importante pour le commerce, mais elle n'est pas l'instrument adéquat pour agir sur la qualité des médicaments. Pour la sécurité publique, c'est pourtant cette dernière qui doit être au centre, pas son statut en matière de propriété intellectuelle. En effet, un médicament qui se fait passer pour un original peut violer la loi sur les brevets ou les marques, mais ne pas être dangereux pour la santé publique. A l'inverse, un médicament de qualité inférieure, volontairement altéré ou faussement étiqueté peut être toxique, mais ne violer aucun brevet ni n'usurper aucune marque. Dès lors, prétendre qu'un renforcement de la propriété intellectuelle est un moyen de promouvoir la santé publique est faux. Tel qu'il est conçu, l'ACTA n'aura d'effets que sur les contrefaçons délibérées de marques, une activité criminelle contre laquelle des mesures adéquates sont d'ores et déjà prévues dans l'Accord ADPIC. L'ACTA sera inefficace pour lutter contre les faux médicaments de moindre qualité ou dénaturés, véritable fléau de santé publique. Pour cela, une réponse beaucoup plus efficace que l'ACTA serait de renforcer les autorités nationales d'homologation et de surveillance des médicaments, déficients dans de nombreux pays du Sud. D'autre part, le phénomène des faux médicaments est aussi lié au prix des produits sur le marché : plus ceux-ci sont élevés et inabordables, plus l'incitation au commerce frauduleux est grande. Une baisse des prix des médicaments par une concurrence saine entre produits originaux et génériques est sans doute le meilleur remède à long terme contre le fléau des médicaments volontairement altérés.

⇒ *L'ACTA n'aura aucun effet sur le commerce des faux médicaments volontairement altérés*

### 3.2. Responsabilité des intermédiaires (ou tierces-parties<sup>10</sup>)

Les intermédiaires sont des entités participant à la production et à la distribution de biens. Dans le cas des médicaments, il peut s'agir de fournisseurs de substances actives pharmaceutiques, mais aussi de distributeurs ou de transporteurs, qui pourraient participer – sans nécessairement le savoir – à l'introduction, dans les canaux de commercialisation de pays signataires de l'ACTA, de produits violant l'une des catégories de propriété intellectuelle, et se mettre ainsi en infraction.

Selon le texte actuel, des mesures prévisionnelles, voire même des sanctions pénales<sup>11</sup>, peuvent être ordonnées contre ces intermédiaires, incluant l'emprisonnement et d'importantes pertes économiques. Toutes ces dispositions vont au-delà de l'Accord ADPIC, même s'il subsiste encore des incertitudes sur leur signification et leur portée réelle (de par le manque de précision du texte). Elles ont la capacité d'agir de manière dissuasive sur quiconque est impliqué dans la production, la vente et la distribution de médicaments génériques à prix abordables. Ainsi, par exemple, des fournisseurs de substances actives pharmaceutiques utilisées pour la production de médicaments génériques, des distributeurs ou des détaillants stockant des génériques, des ONG fournissant des traitements (comme Médecins sans frontières), des bailleurs de fonds soutenant des programmes de santé (comme le Fonds mondial de lutte contre le VIH/sida, la tuberculose et le paludisme) et des autorités nationales de surveillance évaluant les médicaments sont théoriquement concernés.

## 4 Court-circuitage de la justice et report de charges du privé vers le public

L'ACTA court-circuite le système judiciaire en autorisant des processus extrajudiciaires. Il limite l'accès à la justice en cas de litige concernant la propriété intellectuelle en autorisant la saisie et la destruction de médicaments, sans notification du propriétaire, qui n'a dès lors aucune voie de recours judiciaire, contrairement à ce qui est prévu par l'Accord ADPIC. De telles mesures *ex parte* sont susceptibles d'abus. Même lorsque des voies judiciaires sont prévues, elles penchent en général en faveur du détenteur de droits. Les intérêts de santé publique pèsent peu face à ceux des compagnies privées dans l'ACTA. La coopération des détenteurs de droits de propriété intellectuelle avec les autorités visée par ACTA devrait être contrebalancée par la possibilité, pour les parties accusées d'infractions, d'être officiellement entendues et de pouvoir se défendre.

L'ACTA prévoit que les douanes puissent décider par elles-mêmes d'opérer des saisies et de procéder à des destructions de produits suspectés de violer la propriété intellectuelle. Outre la question de la compétence des autorités douanières pour déterminer ce qui est une contrefaçon ou ce qui ne l'est pas - démarche qui relève actuellement de procédures judiciaires complexes - la question du report de charges se pose également. Les brevets relevant du droit civil privé, il incombe à leur détenteur de saisir la justice pour faire valoir ses droits lorsqu'il suspecte une infraction, et d'en assumer les coûts. Avec les actions *ex-officio* prévues dans l'ACTA, les douanes, financées par des fonds publics, joueraient ainsi le rôle de surveillants et d'arbitres au service d'intérêts privés, comme l'industrie pharmaceutique. Outre la question éthique que cela pose, l'IPI reste évasive sur la façon de financer ce surcoût.

## 5. Solvabilité dans les lois nationales

Selon l'IPI, le mandat de négociation qui lui a été octroyé par le Conseil fédéral était assorti d'une condition claire: la Suisse ne doit pas signer l'ACTA si ce dernier outrepassait des lois nationales et nécessite un changement de la législation actuellement en vigueur.

Le texte de l'ACTA est aujourd'hui quasiment finalisé. Par rapport à la seule autre version rendue publique (avril 2010), selon nos analyses et celles d'experts dans d'autres pays, des améliorations

<sup>10</sup> Dans la dernière version du texte, qui existe uniquement en anglais, le terme « intermediaries » a été remplacé par « third party »

<sup>11</sup> Article 2.14 alinéa 4, *aiding and abetting*

significatives ont pu y être apportées. Ainsi, des garde-fous importants ont été ajoutés en lien avec la protection de la sphère privée et la santé publique, inspirés de l'Accord ADPIC. De plus, les objectifs et buts de l'ACTA ont été clarifiés, et la référence à la Déclaration de Doha sur l'ADPIC et la Santé publique est à saluer. Malgré cela, comme on l'a vu plus haut, certaines dispositions de l'ACTA vont encore au-delà de l'accord ADPIC, et mettent en cause la crédibilité, l'utilité et la viabilité de cet accord, qui doit être rejeté dans sa forme actuelle.

Au sein de l'UE ou des Etats-Unis, plusieurs analyses récentes<sup>12</sup> ont montré que les provisions actuelles de l'ACTA – en partant du principe que les brevets restaient inclus dans l'accord – concernant les injonctions (Articles 2.X *Injunctions*), les dédommagements (Article 2.2 *Damages*), les autres mesures d'actions en justice (2.3 *Other Remedies*) et les mesures aux frontières (2.X *Border Measures*), pouvaient entrer en conflit avec des lois nationales.

⇒ *La Suisse doit s'assurer que les dispositions de l'ACTA n'outrepassent pas la législation nationale en vigueur, par un avis de droit externe ou toute autre démarche garantissant une expertise indépendante*

En outre, selon le texte actuel, un mécanisme permet au futur Comité d'ACTA de procéder à des amendements lors des conférences annuelles des Etats signataires. Il se pourrait fort bien que des dispositions controversées soient dès lors (ré-)introduites ou renforcées par la suite, une fois l'accord initial déjà ratifié par la Suisse

⇒ *La Suisse devra s'assurer de la compatibilité de l'ACTA avec les lois nationales à chaque nouvel amendement.*

---

<sup>12</sup> Citons notamment :

- Lettre du milieu académique à Barack Obama concernant l'ACTA (28/10/2010) : <http://wcl.american.edu/pijip/go/academics10282010>
- Question de l'eurodéputée M. Rivasi (F) à la Commission (26/10/2010) : <http://keionline.org/node/994>
- Positionnement d'ONG internationales concernant l'ACTA, la démocratie & l'accès aux médicaments (25/10/2010) : [http://www.haiweb.org/25102010/25\\_Oct\\_2010\\_Policy\\_Brief\\_on\\_ACTA\\_and\\_Access\\_to\\_Medicines.pdf](http://www.haiweb.org/25102010/25_Oct_2010_Policy_Brief_on_ACTA_and_Access_to_Medicines.pdf)
- Question de l'eurodéputée F. Castex (F) à la Commission (25/10/2010) : <http://tacd-ip.org/archives/252>
- Lettre de deux sénateurs au directeur de l'office des brevets états-uniens (19/10/2010) : [http://keionline.org/sites/default/files/senator\\_sanders\\_brown\\_kappos\\_19oct2010.pdf](http://keionline.org/sites/default/files/senator_sanders_brown_kappos_19oct2010.pdf)
- Analyse de l'implication de l'ACTA sur les lois en vigueur aux USA (14/10/2010) : <http://keionline.org/node/970>