

Analyse critique de l'Accord ACTA Mars 2012

I) Historique

L'accord commercial anti-contrefaçon est un traité multilatéral relatif aux droits de propriété intellectuelle qui s'inscrit dans la suite de la loi française Hadopi et des lois américaines SOPA et PIPA. Cet accord concerne la mise en œuvre de la lutte contre la contrefaçon et des sanctions imposées en cas de violation des principes établis dans l'accord.

L'ACTA ne porte pas uniquement sur le droit des brevets des marchandises telles que les produits contrefaits et les médicaments génériques : il touche également les infractions au droit d'auteur commises sur Internet. En effet, en raison du vide juridique concernant le téléchargement illégal, les lobbies de l'industrie de la chanson, du cinéma et des entreprises productrices de contenu en général sont parvenus à introduire la question du téléchargement illégal, et par conséquent la violation des droits d'auteurs sur internet, dans l'ACTA.

L'ACTA a été élaboré par différents « Etats » : Etats-Unis, l'Union Européenne, l'Australie, les Emirats Arabes Unis, le Canada, la Corée du Sud, la Jordanie, le Japon, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, le Mexique¹, Singapour et la Suisse.

L'accord ACTA a été signé par l'UE le 26 Janvier 2012. Le jour de sa signature, Kader Arif – Eurodéputé et rapporteur du projet au parlement européen – démissionne. Il se justifie par la déclaration suivante : *« Cet accord peut avoir des conséquences majeures sur la vie de nos concitoyens, et pourtant tout est fait pour que le Parlement européen n'ait pas voix au chapitre. Ainsi aujourd'hui, en remettant ce rapport dont j'avais la charge, je souhaite envoyer un signal fort et alerter l'opinion publique sur cette situation inacceptable. Je ne participerai pas à cette mascarade »*².

Le texte de l'ACTA doit désormais être étudié par le Parlement européen et la Commission européenne, pour un vote en juin prochain.

Au delà de l'opposition des députés européens, une opposition citoyenne de plus en plus grande se développe à l'encontre d'ACTA. Des manifestations ont eues lieu à travers le monde, comme par exemple à Varsovie qui a réuni 10.000 personnes le 24 Janvier, ou encore à Toulouse le 28 Janvier, ou la pétition qui circule sur Internet et qui réunit plus d'un million de signatures.

II) Cadre juridique (sur base de la proposition de décision du conseil du 24/06/2011)

1) Chapitre I : Dispositions initiales (articles 1 à 6 de la proposition)

L'article 1^{er} prévoit que l'accord ne déroge pas aux autres accords pris par les Etats contractant. Pourtant le fait de considérer les médicaments génériques comme une contrefaçon empêche l'application de l'article 8§1 de l'ADPIC.

¹ On notera que le Sénat mexicain a adopté une résolution appelant le gouvernement à ne pas ratifier ACTA.

² <http://www.deputes-socialistes.eu/?p=7213>

L'article 2.1 de la proposition d'accord dispose que l'accord (déjà très contraignant) ne constitue qu'un seuil minimum de protection au-delà duquel les Etats peuvent aller en établissant une protection interne plus contraignante.

L'article 4 prévoit qu'aucun État n'est tenu de divulguer des informations qui seraient contraire à sa législation nationale, telle que la législation relative à la vie privée etc.

L'article 5 énonce les différentes définitions dont notamment celle de « *marchandises de marques contrefaites* » qui s'étend à « *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 (...)* ». Les marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur sont quant à elles définies comme « *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 faite directement ou indirectement à partir d'un article (...)* »

2) Chapitre II : Cadre juridique pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle

a) Section 1 : Obligations générales (article 6)

Les Etats prennent des mesures équitables, loyales, proportionnelles et non complexes afin d'assurer l'effectivité de la protection des droits intellectuels.

b) Section 2 : Les mesures civiles (articles 7 à 12)

L'article 7 prévoit que les Etats se doivent d'assurer un accès aux procédures judiciaires civiles au détenteur de droit intellectuel en cas de violation de leur droit. Les autorités judiciaires saisies peuvent ordonner des injonctions afin cesser la violation (article 8). Ils sont également habilités à ordonner le paiement de dommages et intérêts.

En ce qui concerne le piratage et les marchandises contrefaites, les autorités judiciaires peuvent détruire toutes marchandises ou support comportant le piratage (article 9). Les autorités judiciaires sont également habilitées à ordonner que le contrevenant, ou le **préssumé contrevenant**, fournisse, tant aux autorités qu'aux détenteurs des droits, les informations pertinentes concernant notamment des tiers impliqués, les moyens de productions, les circuits de distribution, etc. (article 11).

L'article 12 de la proposition prévoit que les autorités judiciaires sont habilitées à prendre **avant toute action en justice**, des mesures provisoires **sans que l'autre partie soit entendue**, mesure qui notamment consisterait par exemple en des saisies (liste ouverte de mesures provisoires admissibles).

c) Section 3 : Mesures à la frontière (articles 13 à 22)

L'article 14 prévoit la **possibilité** d'exempter des mesures à la frontière les marchandises sans caractère commercial de petite quantité. Les autorités douanières peuvent suspendre la circulation des marchandises suspectes de leur propre initiative ou à la demande de l'ayant droit (article 16.1). Le même sort est réservé aux marchandises qui sont en transit sur le territoire (article 16.2). Les supports qui contiendraient des fichiers téléchargés de manière illégale, ou les marchandises contrefaites pour lesquels la preuve d'une violation d'un droit intellectuel sera apportée, seront détruits et une amende sera infligée à leur possesseur (article 20). L'article 22 prévoit que les autorités douanières peuvent fournir aux ayant droits des informations relatives notamment à l'identité de l'importateur.

d) Section 4 : Mesures pénales (articles 23 à 26)

L'article 23 prévoit que les Etats se doivent d'incriminer toute contrefaçon de marques de commerce ou le piratage sur Internet portant atteinte à un droit d'auteur, au moins les infractions commises à des fins commerciales. Les Etats peuvent également incriminer pénalement de telles infractions même si elles n'ont aucun but lucratif. L'article 23 prévoit également que les Etats doivent prévoir une responsabilité pénale au titre de la complicité.

L'article 24 prévoit que la peine peut aller jusqu'à une privation de liberté. Les autorités seront habilitées à saisir et détruire les marchandises contrefaites ou les supports de piratage alors qu'aucun dédommagement ne sera fait à leur auteur.

e) Section 5 : Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle dans l'environnement numérique (article 27)

Les Etats doivent prévoir des mesures tant civiles que pénales pour toute violation de propriété intellectuelle sur Internet. Les fournisseurs d'accès ont une obligation de fournir aux ayants droits, qui auraient des motifs raisonnables de croire qu'il y a violation de leurs droits intellectuels, les informations sur l'identité de l'abonné. Est incriminé également le fait de distribuer, importer pour distribution, diffuser, communiquer ou mettre à disposition du public des exemplaires de l'œuvre même dans un but non lucratif.

L'accord prévoit également des sanctions lors de la neutralisation ou de la commercialisation de méthodes visant à la neutralisation de mesures techniques (telles que l'embrouillage) utilisées par les détenteurs de droits intellectuels en vue de restreindre la violation de leurs droits.

3) Chapitre III : Pratiques en matière de respect des droits (article 28 à 32)

Les Etats contractants doivent encourager le développement des connaissances relatives au respect des droits de propriété intellectuels avec des analyses de données statistiques, la création de groupes consultatifs qui prendraient connaissance des avis des détenteurs de droits notamment. L'accord prévoit que les autorités douanières des différents Etats parties peuvent communiquer entre elles les informations nécessaires afin de déceler les marchandises violant les droits intellectuels (article 29). L'accord prévoit également qu'il faut assurer une transparence quant aux différentes manières dont il est possible de protéger sa propriété intellectuelle ainsi que sensibiliser le public quant aux risques que les individus encourent en violant des droits intellectuels de tiers (articles 30 et 31).

4) Chapitre IV : Coopération internationale (articles 33 à 35)

L'accord prévoit une coopération internationale entre les autorités chargées de contrôler le respect des droits intellectuels. Les Etats s'échangeront les renseignements quant aux études statistiques mais pas seulement : l'article prévoit également l'échange de tout autre renseignement que les Etats estiment nécessaires (article 34).

5) Chapitre V : Arrangements institutionnels (articles 36 à 38)

Comité de l'ACTA. L'article 36 de la proposition d'accord prévoit la création d'un comité qui supervisera la mise en œuvre de l'accord en général. Ce comité est indépendant des autres institutions internationales existantes telle que l'OMPI. Ce comité pourra modifier l'accord. Toute partie peut demander une consultation à une autre partie sur toute question touchant la mise en œuvre de l'accord et cette consultation et le résultat de celle-ci resteront **confidentiels** (article 38).

III) Analyse critique de l'ACTA

Tout d'abord, si on se penche sur la manière dont ACTA a été élaboré, nous pouvons constater un grave problème démocratique. En effet, non seulement la transparence des négociations fait clairement défaut, mais ce sont des bureaucrates – par conséquent des personnes non-élues démocratiquement – qui ont travaillé avec des lobbyistes de puissantes entreprises pour élaborer ACTA. Les négociations de cet accord n'ont pas été conduites sous la surveillance d'un cadre tel qu'une organisation internationale comme l'OMC. Mais ce n'est pas le seul problème

Premièrement, le cadre juridique de l'accord ACTA est plus restrictif que les autres accords existant en matière intellectuelle, tel que l'accord ADPIC annexé à l'accord de l'OMC par exemple. Bien que l'article 1^{er} de la proposition d'accord prévoit que l'accord ne déroge à aucun autre accord international, et plus précisément à l'accord ADPIC, ACTA, en considérant que les médicaments génériques sont des contrefaçons, annule l'application de l'article 8§1 de l'ADPIC couvrant justement le cas des médicaments génériques. Cet article permet de déroger aux règles relatives aux brevets apposés sur les médicaments en vue de résoudre des problèmes de santé publique. C'est sur cette base qu'il est possible – sous certaines conditions – de créer des médicaments génériques à bas coût utilisés en abondance dans les pays en voie de développement. L'ACTA pose également un problème dans la circulation des médicaments génériques. Ceux-ci resteraient bloqués à la frontière car ils sont sous monopole de brevets dans beaucoup de pays. L'article 16.2 prévoyant que les douaniers peuvent empêcher la circulation de marchandises contrefaites au regard de l'accord lorsqu'elle est en transit sur le territoire d'un Etat contractant risque d'empêcher tout accès aux soins dans les pays en voie de développement. L'ACTA pourrait ainsi conduire à l'interdiction des médicaments génériques de premiers secours.

Ensuite, à l'analyse des incriminations prévues dans l'accord, on s'aperçoit qu'un amalgame est réalisé entre la *contrefaçon* de marchandises et le « *piratage* » entendu tel qu'incluant le téléchargement illégal. La différence fondamentale entre ces deux notions vient des intérêts à défendre qui sont radicalement différents. En effet, alors que la lutte contre la contrefaçon de marchandises en va de la protection certes des ayants droit mais également du consommateur, la lutte contre le téléchargement illégal par exemple ne vise que l'intérêt de l'ayant droit. Alors que les sanctions prévues dans l'accord restent les mêmes dans les deux cas. En raison de la définition de « *marchandises pirates* » émise à l'article 5 de la proposition d'accord, toute une série d'activités quotidienne de l'internaute tombe sous cette interdiction, telle que le partage d'un fichier sur lequel porterait un droit d'auteur. En effet, l'accord incrimine le fait **de distribuer, importer pour distribution, diffuser, communiquer ou mettre à disposition du public des exemplaires de l'œuvre même dans un but non lucratif.** (article 27.7).

De plus, la procédure prévue afin de mettre en œuvre les sanctions semble bafouer une série de droits fondamentaux. **(1)** L'article 11 prévoit que les autorités peuvent imposer au **présupposé contrevenant** l'obligation de divulguer des informations concernant notamment des tiers impliqués, les moyens de productions, le circuit de distribution etc. Cela semble opérer un renversement de la charge de la preuve, qui est sensée reposer sur les autorités. Une telle disposition va en plus à l'encontre du droit à ne pas s'auto-incriminer³. **(2)** Ensuite, nous attirons également l'attention sur l'article 12 de la proposition d'accord qui prévoit que des mesures provisoires peuvent être prises **sans passer par la justice et sans que le présumé contrevenant ne puisse être entendu.** Ce qui contredit le droit d'être entendu qui découle lui-même du principe fondamental du contradictoire ; sans oublier que la liste de mesures provisoires qui peuvent être prises est une liste ouverte. **(3)** L'accord donne également la possibilité aux autorités douanières d'inspecter les marchandises dont notamment les supports informatiques (disques durs, lecteur mp3 etc.). L'article 22 prévoit quant à lui que les douaniers peuvent fournir des informations aux ayant droits quant à

³ Art. 14.3.g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

l'identité des importateurs. **(4)** Quant aux fournisseurs d'accès à internet, l'article 27 de la proposition d'accord prévoit une obligation dans leur chef de divulguer aux ayant droits des informations sur l'identité de l'abonné. Cela semble être contraire à la protection des données personnelles de l'internaute.

En outre, les sanctions prévues par l'accord suscitent une certaine inquiétude. Les Etats peuvent prendre des mesures pénales qui peuvent aller jusqu'à la peine de prison, pour les activités infractionnelles à échelle commerciale, or ce qu'on entend par « *échelle commerciale* » n'est pas clairement défini dans l'accord. Il n'est pas exclu non plus que l'Etat puisse prévoir des mesures pénales et cela même pour des activités infractionnelles aux yeux de l'accord **qui ne seraient pas inspirées par un but lucratif**. Il est également prévu une responsabilité à titre de complicité et c'est notamment sur ce point là que se pose un problème pour les fournisseurs d'accès à internet qui pourraient voir leur responsabilité engagée, dans le cas d'échange de fichiers protégés par un copyright par exemple. Cela implique qu'ils ont l'obligation de **retirer ou de bloquer l'accès au matériel** de contrefaçon dès qu'ils ont connaissance de cette contrefaçon. Cette responsabilité qui pèse sur les fournisseurs d'accès à internet les obligera certainement à fermer les sites qui proposent aux internautes un hébergement de contenu gratuit. Cela va également à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne⁴, dans laquelle la Cour précise que l'obligation de filtrer qu'on impose aux fournisseurs d'accès à internet va à l'encontre, notamment, du droit à la liberté d'entreprise.

Enfin, du point de vue du fonctionnement institutionnel d'ACTA, plusieurs remarques peuvent également être faites. Le comité de l'ACTA pourra modifier l'accord sans que cette modification ne nécessite de rapport rendu public. Encore une fois, le principe de transparence, indispensable dans toute société démocratique, semble être piétiné par l'accord. La transparence n'est pas non plus respectée par la possibilité donnée aux Etats de se consulter quant à la mise en œuvre de l'accord, sans que le résultat de cette consultation ne puisse être rendu public. L'accord prévoit un transfert d'information entre les différentes autorités douanières et entre les différents Etats. Les modalités du transfert, ainsi que les données qui pourront être transférées doivent être convenues entre les États, ce qui laisse une grande marge d'appréciation aux Etats et constitue dès lors une menace potentielle aux droits des individus et notamment le respect de la vie privée.

IV) Positions des différents acteurs.

Les grandes entreprises, et notamment l'industrie de la musique, du cinéma, etc. usent de leur poids en vue d'aboutir à un cadre juridique contraignant concernant le téléchargement illégal. En effet, on estime leur manque à gagner à plusieurs milliards de dollars en raison des téléchargements illégaux. Ces géants sont donc satisfaits de l'accord.

En opposition aux grandes entreprises, on retrouve **la société civile** qui ne voit pas l'accord ACTA d'un bon œil. En effet, l'accord incrimine toute une série d'activités quotidienne de l'internaute. La société civile y voit une atteinte à la neutralité, à la liberté d'internet, à la liberté d'expression, à la protection de ses données à caractère personnel mais surtout une atteinte à son droit de recevoir et de communiquer des informations. La société civile s'oppose à l'ACTA via des manifestations, des pétitions sur internet etc. On peut citer comme exemple *euroISP (Business association of European internet service providers)* qui considère que toute mesure qui concerne les droits et libertés des individus se doit d'être adoptée démocratiquement et non via des méthode d'autorégulation. Ca semble, en effet, un minimum. OXFAM et MSF quant à eux dénoncent l'impact qu'aura ACTA sur les médicaments génériques et la possibilité d'accorder des soins aux plus démunis dans

⁴ Voir l'arrêt de la CJUE du 24 novembre 2011.

certain pays. Mais ce ne sont pas les seuls, Avaaz par exemple se mobilisent en vue d'empêcher la mise en œuvre d'ACTA.

Quant aux **fournisseurs d'accès à internet**, ils se rallient à la cause de la société civile. En effet, cet accord fait peser sur eux une responsabilité qui deviendra vite ingérable, en plus de l'obligation qu'ils ont de fournir toutes les informations nécessaires concernant leurs abonnés en cas de violation de l'accord.

L'ACTA a été signé par différentes parties, parmi celle-ci figure **les Etats-Unis d'Amérique**. Le traité est négocié aux Etats-Unis en tant que « *sole executive agreement* » ce qui signifie que l'accord ne nécessite pas la ratification du Sénat et que seul la signature du Président est nécessaire alors même que la protection de la propriété intellectuelle ne figure pas dans la liste des domaines qui peuvent faire l'objet de la procédure de « *sole executive agreement* ». Cela ne va pas sans soulever les critiques des juristes américains.

On trouve également **l'Union Européenne qui a signé l'accord** depuis le 26 janvier 2012. Le **Parlement européen** sera amené à se prononcer sur la conclusion de l'accord le 12 juin 2012. Toutefois, il n'a pas attendu qu'on lui demande pour donner son avis sur l'accord. *Tout d'abord*, en mars 2010, le Parlement européen a adopté une résolution soulignant le manque de transparence de la Commission concernant les négociations. Elle rejette toute négociation confidentielle et fait valoir son droit de consultation à tous les stades de la négociation, soulignant même son droit d'ester devant la Cour de Justice pour le faire valoir. Dans la même résolution, elle souligne son inquiétude concernant la protection des données et « *refuse* » toute possibilité de fouilles aux frontières extérieures de l'Union, notamment des appareils de stockage de données. Elle souligne également que l'accord *ne doit pas offrir* la possibilité de « riposte en trois temps » et, élément important, que toute coupure de l'accès à Internet doit faire l'objet d'une décision juridictionnelle. *Ensuite*, dans une *déclaration* du 9 septembre 2010, le Parlement émet un deuxième ensemble de critiques : l'accord ACTA ne doit pas enfreindre le principe de subsidiarité et donc ne doit pas proposer d'harmonisation de la législation européenne sur la propriété intellectuelle, la proposition ne doit pas affaiblir les droits fondamentaux ni entraver une procédure judiciaire, et souligne enfin que les fournisseurs d'accès à internet ne doivent pas se trouver dans une situation où ils seraient obligés de filtrer le contenu qu'ils fournissent. *Enfin*, le Parlement a adopté une résolution le 24 novembre 2010 toujours sur le même thème. Cette dernière résolution est plus optimiste car le Parlement a obtenu une réponse de la Commission et a eu accès au projet d'accord. Le Parlement se dit satisfait des déclarations de la Commission répondant aux critiques formulées précédemment, notamment sur les fouilles corporelles, les ripostes graduées ou les droits fondamentaux. Le Parlement ne souligne plus qu'une seule critique, mineure finalement, sur la définition de « contrefaçons d'origine géographique » qui ne trouve pas d'écho dans le texte. Les critiques ont trouvées une réponse, soit par des explications de la Commission, soit par des modifications du texte critiqué.

Certains **députés européens** critiquent également ACTA. A part Kader Arif déjà cité qui a qualifié ACTA de « *mascarade* », la députée européenne tchèque, Zuzana Roithova, considère que le parlement européen n'a eu aucune représentation dans les négociations d'ACTA et que son rôle est juste borné à accepter ou à refuser l'accord. Il n'y a, par conséquent, pas d'exercice de la démocratie tel que prévu dans le traité de Lisbonne selon la députée.

Quant à la **Cour de Justice de l'Union Européenne**, elle a rendu un arrêt le 24 novembre 2011 qui considère que la protection des droits d'auteurs n'est pas absolue et qu'elle s'arrête là où commencent d'autres droits fondamentaux dont notamment le droit à la protection des données à caractère personnel des individus, la liberté de recevoir des informations ainsi que la liberté de communiquer des informations (articles 8 et 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE). La cour précise également que l'obligation de filtrer qu'on impose aux fournisseurs d'accès à internet va à l'encontre du droit de la liberté d'entreprise comme mentionné précédemment.