

Note sur le traité ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement)

François Pellegrini (francois@pellegrini.cc)
Version 1.2, 25/10/2011

Le traité ACTA, dont la négociation s'est effectuée dans l'opacité la plus totale, en secret des citoyens comme des parlementaires des pays signataires, vise à établir des sanctions criminelles disproportionnées aux atteintes supposées à la « propriété intellectuelle », ainsi qu'à durcir considérablement les sanctions civiles afférentes. Écrit à l'initiative de représentants des lobbies juridiques, qui auront tout à gagner de l'inflation des litiges quel qu'en soit le prix pour l'économie, l'innovation et les libertés fondamentales, il est l'ultime reflet d'une vision dépassée du développement économique. Nous abordons ici les problèmes les plus flagrants justifiant son rejet par les parlementaires de tous pays, en nous focalisant plus particulièrement sur l'Union européenne.

Une vision dépassée

Les nouvelles mesures répressives prévues par l'ACTA¹ n'auront aucun impact sur la contrefaçon à grande échelle. L'absence totale de résultat des directives telles qu'EUCD et IPRED n'est pas le signe que leurs mesures répressives n'étaient pas d'ampleur suffisante, mais que ces mesures sont inopérantes par nature. Sur la base d'estimations de pertes faramineuses mais sans aucun fondement, reprises en boucle par certaines associations professionnelles, les parlementaires ont été amenés à voter des textes toujours plus néfastes pour les libertés publiques et la liberté d'entreprendre, mais présentés tour à tour comme les ultimes panacées permettant de sauver les emplois des pays développés. Le problème de fond n'a pas été résolu, mais des strates juridiques ont été ajoutées, qui complexifient inutilement les lois², voire créent des conflits insolubles de normes juridiques³.

Les nouvelles sanctions prévues seront tout aussi inopérantes que les précédentes parce que :

- le durcissement des législations dans les pays émergents n'aura aucun impact sur la question de fond, qui est l'accès à coût raisonnable aux différents biens et services (médicaments, contenus culturels) par rapport au niveau de vie de ces pays ;
- le renchérissement du coût global des biens et services, induit par le coût des litiges et des mécanismes de surveillance globale encouragés par ces textes, rendra encore plus attractifs les biens contrefaits ou issus de source tierce⁴ ;
- faire prendre en charge le surcoût de ces contrôles par l'ensemble des citoyens plutôt que par les consommateurs des entreprises pratiquant cette politique, ne les rend pas moins insupportables, surtout dans les pays en développement.

Une erreur stratégique majeure

La vision portée par ce texte est que plus l'on créera d'outils juridiques permettant l'établissement et le strict maintien de monopoles de droit, plus l'économie sera florissante. L'histoire a pourtant montré la supériorité du modèle libre-échangiste, favorisant la possibilité d'entreprendre, sur les monopoles de rente de l'époque féodale (octrois et péages) découplés de toute production réelle. L'obligation de négociation et le montant des coûts de transaction, induits par l'auto-censure des entrepreneurs au vu de l'ampleur des sanctions éventuelles, conduisent à rendre économiquement

1 Contrairement aux dénégations de ses négociateurs, ACTA vise à introduire de nouvelles mesures répressives dans le droit communautaire, en ce qui concerne la criminalisation de la complicité et de l'aide à la contrefaçon.

2 Droit sur les bases de données (1996/9/CE), mesures techniques de protection (EUCD, 2001/29/CE), etc.

3 Opposition entre mesures techniques de protection (2001/29/CE) et interopérabilité (1991/250/CE), etc.

4 Par exemple, les « batailles de brevets » et le rachat à prix d'or de « portefeuilles défensifs de brevets » par les entreprises, à l'image des 12,5 milliards de dollars payés par Google pour acheter Motorola Mobility et son portefeuille de brevets, n'apportent aucun bénéfice pour l'innovation, car ces brevets sont majoritairement triviaux. En revanche, ils augmentent inutilement le prix des biens pour les consommateurs, sur lesquels ces coûts sont reportés. Seuls les lobbies juridiques profitent de cette manne indue.

non rentables des activités qui pourraient mener à des innovations et des emplois futurs⁵. L'un des exemples les plus flagrants de ce mirage avait été la déclaration de M. Tchuruk, alors PDG d'Alcatel, souhaitant faire de cette dernière une « entreprise sans usines ». Ce fantasme était construit sur l'idée que les sous-traitants des pays émergents resteraient de dociles exécutants des bureaux d'études occidentaux, sans capacité d'acquérir eux-mêmes le savoir nécessaire à la conception des biens qu'ils fabriquent, et empêchés de devenir des concurrents du fait de la « propriété intellectuelle » revendiquée par l'entreprise. On sait ce qu'il en est advenu⁶. La délocalisation des unités de production empêche le nécessaire retour d'expérience entre les unités de fabrication et de conception, affaiblissant ces dernières, et conduit à la délocalisation des bureaux d'étude, les barrières juridiques mises en place empêchant les personnels laissés pour compte de continuer à mener des activités concurrentes et génératrices d'emploi dans les pays développés. Les pays émergents, vers où l'innovation se déplace, comptent bien mettre à leur tour à profit ce système juridique pour dominer le marché mondial et subvertir leurs concurrents⁷. Les partisans du système trouveront ainsi de nouveaux employeurs, alors que les entreprises européennes n'auront plus accès à leurs propres marchés, et que les parlementaires signataires se désoleront en vain des emplois perdus.

Une rédaction biaisée

Le traité ACTA utilise des éléments de langage non définis, ouvrant la porte à des interprétations extrémistes lors des transpositions à venir :

- la notion de « contrefaçon » (« *counterfeiting* »), qui est l'objet du texte, n'est pas définie dans celui-ci. Ceci permet de couvrir par les mêmes dispositions, sous le terme de « propriété intellectuelle », des mécanismes au fonctionnement très différent, comme les droits d'auteur, des brevets, des marques, des modèles, etc., qui ne doivent pourtant pas être défendus de la même manière⁸ ;
- la notion d'« échelle commerciale » (« *commercial scale* ») est définie de façon non limitative, et inclut l'obtention d'avantages indirects, alors qu'elle constitue le seuil d'appréciation du déclenchement des mesures pénales. Si l'on considère que toute technologie numérique met en relation un « fournisseur » et des usagers vus comme des « clients », alors tout échange multiple sur les réseaux numériques peut s'apparenter à une « échelle commerciale », même sans recherche de profit financier, direct ou indirect. Ceci fait peser une contrainte énorme sur les fournisseurs de services, freinant la mise en production de services innovants (logiciels pair-à-pair, moteurs de recherche évolués, ...) ;
- il est intellectuellement malhonnête de justifier, par le danger que fait peser sur la santé des citoyens la distribution de médicaments frelatés, déjà combattus par des outils juridiques existants, la mise en place de mesures visant à contrôler la distribution de médicaments génériques nécessaires aux populations des pays en développement⁹. Il n'est pas légitime que puisse être saisie une cargaison de médicaments génériques transitant par un pays signataire,

5 Rappelons que l'entreprise Philips a commencé son activité aux Pays-Bas en « contrefaisant licitement » des brevets Edison sur les lampes à incandescence, à une époque où le système des brevets n'était pas opérationnel dans ce pays.

6 On peut citer en exemple la maxime japonaise : « *regarder, copier, comprendre, faire mieux* », qui a transformé les contrefacteurs des années 1960 en innovateurs des années 1990.

7 En novembre 2010, le Bureau d'État de la Propriété Intellectuelle de Chine a publié un document intitulé « *Stratégie nationale de développement des brevets (2011-2020)* ». Les objectifs chinois pour 2015 sont considérés par D. J. Kappos, ancien directeur de l'USPTO, comme « *des chiffres défiant l'entendement* » (source : NYT). Un rapport de Thomson Reuters daté d'octobre 2010 indique que nombre de dépôts de brevets en Chine dépassera celui des États-Unis cette même année. La Chine souhaite également doubler le nombre de ses dépôts dans les pays étrangers.

8 Par exemple, la production d'un bien matériel contrefait au sens du droit des marques (sac à main qui n'a pas la qualité de l'original et trompe le consommateur) n'est pas identique à la copie illicite d'un fichier musical, qui reste « authentique ».

9 Rappelons que l'un des effets de l'accord ADPIC / TRIPS de 1994 a été de permettre à des firmes pharmaceutiques de vendre des traitements contre le SIDA plus chers en Afrique que dans les pays occidentaux.

- parce que ces médicaments « ressembleraient trop » à des médicaments de marque ;
- la possibilité de destruction de biens attentant (« *infringing* ») à un quelconque droit mais n'étant pas des contrefaçons (« *counterfeits* ») est une mesure totalement disproportionnée.

Des mesures toxiques pour l'innovation

Le traité ACTA comporte de multiples aspects néfastes pour l'innovation. Parmi ceux-ci :

- la possibilité pour un plaignant supposé de demander la communication de tous les documents permettant de mettre en évidence l'activité frauduleuse d'un contrefacteur tout autant supposé, permet à toute entreprise disposant des moyens financiers suffisants d'attaquer une jeune entreprise innovante sur la base de violation de brevets afin d'en connaître les secrets industriels. Les pénalités encourues sont minimales par rapport au bénéfice escompté, et ne seront d'aucun secours au concurrent évincé du marché, rendu exsangue par les frais de procédure nécessaires à faire valoir son bon droit. Le temps juridique n'étant pas celui de l'innovation, et les manœuvres dilatoires monnaie courante, gagner après dix ans de procédure et son propre dépôt de bilan n'est qu'une piètre consolation¹⁰... Ce texte légalise de fait l'espionnage industriel¹¹ ;
- les méthodes de calcul des dommages préconisées par le traité ACTA sont totalement déraisonnables et favorisent l'auto-censure de tous les innovateurs. En prenant l'exemple des échanges de fichiers numériques, imaginer que le manque à gagner pour l'éditeur soit égal au nombre de copies échangées, multiplié par le prix de vente au détail, n'a aucun sens, les internautes écoutant soit ce qu'ils vont acheter, soit ce qu'ils n'auraient pu acheter. Cette vision est d'autant plus irréaliste que les internautes qui téléchargent illicitement le plus sont en fait ceux qui achètent le plus, après avoir fait leur choix en connaissance de cause¹². Il en est de même pour les médicaments sous brevets contestés, où le prix de vente unitaire de l'original en Europe est sans commune mesure avec celui du générique vendu en Afrique.

Des mesures incompatibles avec la liberté d'expression

Les dommages demandés en cas de violation du droit d'auteur, et la possibilité d'injonctions aux intermédiaires techniques et fournisseurs d'accès sur la base de dommages commerciaux supposés, peut permettre à toute entreprise d'empêcher la divulgation d'informations gênantes la concernant. Même certains gouvernements peuvent y avoir recours¹³. Il s'agit d'un danger grave pour l'investigation journalistique et la liberté d'informer. La pression est spécifiquement mise sur les hébergeurs pour empêcher que ces documents n'arrivent à la connaissance du grand public.

Des mesures contraires à l'acquis communautaire

Le traité ACTA n'est pas conforme au principe de proportionnalité établi dans le droit communautaire, qu'il cite pourtant. L'ampleur des sanctions qu'il met en œuvre (fixation de dommages pré-établis et mesures de calcul associées), ainsi que l'absence de clauses de sauvegarde effectives (dans le cas de la santé publique en particulier), ne sont pas conformes à l'acquis communautaire (en particulier la directive IPRED). Ce sont ces raisons qui ont motivé la recommandation de rejet par une étude sollicitée par la Commission INTA du Parlement européen.

10 Il suffit pour s'en convaincre de repenser au procès opposant Netscape, maintenant défunte, à Microsoft, dans les années 1990, portant sur un « simple » litige d'abus de position dominante sur le navigateur Internet Explorer.

11 La défense du lobby juridique est de dire que le traité ACTA n'oblige pas à l'existence de telles mesures (« *shall* ») mais ne fait que les permettre (« *may* »). On répondra que, vu la toxicité de ces mesures, le simple fait d'inciter les gouvernements à les mettre en œuvre en les proposant est une aberration.

12 Études menées dans de nombreux pays : Allemagne, Canada, États-Unis, Norvège, Pays-Bas, ... En France, ce fait est même confirmé dans le rapport 2011 de l'HADOPI, p. 45.

13 On peut citer en Grande Bretagne le cas d'une personne accusée de violation du Copyright de la Couronne alors qu'elle avait fait circuler des documents confidentiels intéressant le public.