



De la gestion à la suggestion : évolution des mécanismes normatifs de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), 1994-2014

Hubert Villeneuve*

Résumé

Cette étude porte sur la contribution de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), agence spécialisée des Nations Unies, à la construction des normes juridiques régissant le régime international de propriété intellectuelle. Il y est démontré qu'au cours des deux dernières décennies, cette contribution s'est considérablement transformée par le déclin en importance des accords multilatéraux formels, et par l'émergence parallèle des mécanismes non contraignants, dits de « soft law » (ou de « normativité relative »). Cette transformation illustre la difficulté croissante à atteindre des consensus nécessaires à la conclusion d'accords multilatéraux et l'émergence de nouveaux acteurs publics et privés impliqués dans la gestion du régime mondial de propriété intellectuelle. Toutefois, elle procède aussi, de la part de l'OMPI, d'une volonté de s'adapter aux à la radicale reconfiguration des espaces territoriaux et juridictionnels causée par l'accélération des innovations technologiques.

Abstract

This study focuses on the norm-setting contribution of the World Intellectual Property Organisation (WIPO, a specialized agency of the United Nations) to the international intellectual property system. Over the past two decades, WIPO's normative activity was substantially altered by the decreasing importance of traditional multilateral agreements and an increasing reliance on non-binding, "soft law" mechanisms. This evolution testifies not only as to the current difficulty of reaching consensus necessary to multilateral agreements, but also to the emergence of new public and private actors involved in international intellectual property. Moreover, it demonstrates WIPO's willingness, as an institution, to adapt itself to ongoing reshaping of territorial and jurisdictional spaces caused by technological developments.

* L'auteur est titulaire d'une maîtrise et d'un doctorat en histoire de l'Université McGill et chargé de cours en histoire. Sa formation et ses recherches historiques portent sur histoire culturelle, juridique et politique contemporaine du Canada et des États-Unis. Il termine présentement un baccalauréat en droit à l'Université de Montréal. Ses intérêts juridiques portent principalement sur l'histoire du droit et le droit public (criminel, constitutionnel et administratif).

INTRODUCTION	2
I. D'UN PARADIGME NORMATIF À L'AUTRE	4
A. L'OMPI et l'émergence de l'OMC	4
B. La filière conventionnelle... ..	9
C. L'alternative de la « soft law ».....	14
II. LA « SOFT LAW » ET L'OMPI	16
A. Les comités permanents de l'OMPI.....	16
B. <i>Le Plan d'Action de l'OMPI pour le développement</i>	23
C. Le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP)	32
CONCLUSION	40
ANNEXE	43

INTRODUCTION

La présente étude porte sur l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), agence spécialisée de l'Organisation des Nations Unies, sous l'angle spécifique de son rôle dans la formation de normes juridiques en matière de propriété intellectuelle à l'échelle internationale depuis les deux dernières décennies. Le rôle et le fonctionnement de l'OMPI ont fait l'objet d'une transformation majeure au cours de cette période, par laquelle l'organisation a renouvelé sa contribution normative au régime international de propriété intellectuelle en basant celle-ci sur les dispositifs non contraignants (dits « soft law » ou de « normativité relative »). Cette redéfinition des mécanismes normatifs de l'OMPI, centrale dans la préservation de sa pertinence en tant qu'institution¹, fut à la fois motivée par l'apparition de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) au cours des années 1990, avec laquelle l'OMPI partage désormais la gestion du régime international de propriété intellectuelle au niveau multilatéral, et par les bouleversements en matière de

¹ Librement traduit de « institutional preservation » : Julia Martin, « Arbitrating in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution », (1997) 49 *Stan. L. Rev.* 917, 921.

droits de propriété intellectuelle (DPI) causés par l'accélération fulgurante des innovations technologiques durant les deux dernières décennies.

L'activité normative de l'OMPI, jadis basée sur les stratégies dites « traditionnelles » de création et application de normes internationales, et principalement sur les accords multilatéraux, s'est ainsi diversifiée avec le déploiement des outils de normativité relative. La « soft law » regroupe globalement la diversité de mécanismes par lesquels les acteurs internationaux expriment leur volonté autrement que par l'une ou l'autre des quatre sources formelles, et contraignantes, du droit international (traités, coutumes, jurisprudence et principes généraux de droit international)². La « soft law » peut ainsi recouper tout ce qui, à l'opposé de la *lex lata*, soit la loi « qui est », constitue la *lex ferenda*, soit la loi « qui sera », du moins telle que la perçoivent les acteurs d'un domaine précis et telle qu'exprimée à travers un ensemble varié d'outils : résolutions non-contraignantes, recommandations, ébauches de traités, codes de conduite, rapport et travaux de commissions ou décisions extra-judiciaires. Autrement dit, l'évolution de l'OMPI au cours des dernières décennies s'est traduite par son emphase croissante sur la formulation, plutôt que la codification, de normes³.

Examinant les dernières initiatives majeures de l'OMPI en matière de conventions multilatérales, la partie I de la présente étude mettra en relief les problèmes auxquels elles se sont butées et la manière dont la « soft law » apparut comme une alternative pour les éviter. La partie II se concentrera sur trois mécanismes particuliers de normativité non contraignante dont l'OMPI a jusqu'ici fait usage notable : les travaux (recommandations et propositions de traités) des comités permanents de l'OMPI; le *Plan d'action de l'OMPI pour le développement*, déclaration destinée à orienter les États et décideurs publics vers une gestion du régime international de propriété intellectuelle qui tiendrait compte d'impératifs liés au développement humain, social et environnemental; et le rôle de l'OMPI en matière de règlement de litiges extra-judiciaires, et plus particulièrement dans l'application du règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP).

² Article 38 du statut de la Cour internationale de Justice (CIJ). John H. Currie, *Public International Law*. 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008. P. 96-97.

³ Laurence R. Helfer, «Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking», (2004) 29 *Yale J. Int'l L.* 1, 72-74.

I. D'UN PARADIGME NORMATIF À L'AUTRE

A. L'OMPI et l'émergence de l'OMC

Comme l'a noté Christopher May, les efforts incessants déployés par l'OMPI afin de conserver sa position dominante dans la gestion du régime international de DPI depuis les années 1990 constituent « [one] of the most interesting, yet under-analyzed issues in contemporary global governance⁴ ». Comprenant aujourd'hui 187 États membres et 350 observateurs (organisations intergouvernementales et non gouvernementales), l'OMPI fut conçue à une époque où primait encore le paradigme westphalien consacrant la souveraineté des États et leur statut de sujets exclusifs de droit international pouvant souscrire aux conventions bilatérales ou multilatérales⁵. Pendant longtemps, sa contribution normative au régime mondial de la propriété intellectuelle s'est ainsi déployée presque exclusivement à travers les traités qu'elle administrait. Bien que formellement née en 1970, l'OMPI tire sa source de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*⁶ et de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁷, respectivement signées en 1883 et 1886.

C'est afin d'administrer les conventions de Paris et de Berne que furent fondés les « Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle » (BIRPI), relevant du gouvernement suisse et longtemps situés à Berne, puis, à partir de 1960, à Genève. La création de l'ONU et la volonté d'arrimer le plus grand nombre possible d'États au régime général prévu par ces deux conventions mirent en lumière les insuffisances de fonctionnement des BIRPI, menant à la création de l'OMPI, qui devint officiellement une

⁴ Christopher May, *The World Intellectual Property Organization: Resurgence and the Development Agenda*. London and New York : Routledge, 2007. P. 3.

⁵ John H. Currie, Craig Forcese and Valerie Oosterveld, *International Law – Doctrine, Practice, and Theory*. Toronto : Irwin Law, 2007. P. 163.

⁶ *Convention internationale portant création d'une Union internationale pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, 828 U.N.T.S. 305, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=288516 (consulté le 25 septembre 2013) [Convention de Paris].

⁷ 9 septembre 1886, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=283699 (consulté le 25 septembre 2013) [Convention de Berne].

agence spécialisée de l'ONU en 1974⁸. Tel que l'indique l'article 3 i) de son document constitutif, le but de l'OMPI, consiste en la promotion de « la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde par la coopération des États, en collaboration, s'il y a lieu, avec toute autre organisation internationale⁹ ». À cette fin, l'OMPI s'emploie à « mettre en harmonie les législations nationales dans ce domaine », à offrir aux États « une assistance technico-juridique », de même qu'à rassembler et diffuser « toutes informations relatives à la protection de la propriété intellectuelle, effectuer et encourager des études dans ce domaine et en publie les résultats¹⁰ ». Notons qu'il est possible d'être membre de l'OMPI sans être partie à ses traités.

En théorie, c'est ainsi plus de vingt-six conventions internationales en matière de propriété intellectuelle que gère l'agence¹¹, bien que la gestion des conventions de 1883 (Paris) et 1886 (Berne), les seules expressément mentionnées dans sa constitution, ait été en partie dévolue à l'OMC depuis 1994¹². Les conventions de Paris et Berne, de même que celles s'y étant ajoutées au fil du temps en réponse aux innovations technologiques et demeurant sous l'égide de l'OMPI, demeurent cependant les principes fondateurs du régime international de propriété intellectuelle¹³. Ce dernier est aujourd'hui structuré selon les catégories générales que sont la propriété industrielle (comprenant les signes, dont les marques de commerce, noms de domaines et dénominations géographiques d'un côté, et les brevets de l'autre) et la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins)¹⁴. Deux concepts le sous-tendent : en premier lieu, les États membres doivent

⁸ Suite au vote de l'Assemblée Générale de l'ONU du 17 décembre 1974, faisant alors de l'OMPI sa quatorzième institution spécialisée. Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle, évolution et actualité*. Paris : Litec, 1994. P. 57.

⁹ *Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, 14 juillet 1967, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=283998 (consulté le 26 septembre 2013).

¹⁰ *Id.*, art. 4 i) , 4 v) et 4 vi).

¹¹ Voir Annexe.

¹² Quoique son rôle demeure central en matière d'administration et support technique, l'OMPI «no longer has any enforcement duties as regards the various treaties it once oversaw, since 1995 these have been largely incorporated into the TRIPs agreement», C. May, *op. cit. supra*, note 4, p. 36.

¹³ Les meilleurs exemples sont ici : *Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*, 14 avril 1891, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=283532 (consulté le 25 septembre 2013) ; *Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels*, 6 novembre 1925, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=280732 (consulté le 25 septembre 2013) ; *Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international*, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=285857 (consulté le 25 septembre 2013).

¹⁴ À ces catégories peut s'ajouter celle, hybride, du dessin industriel.

prévoir dans leur droit interne des degrés minimaux de protection de la propriété intellectuelle, principe de la protection dite « minimale¹⁵». Le second principe est celui du « traitement national » : le ressortissant d'un État membre bénéficie dans les autres pays signataires des mêmes droits que ceux prévus par son propre État. Restreignant peu les souverainetés nationales, ces préceptes confèrent au régime international de propriété intellectuelle son caractère fragmenté, où les droits internes interprètent largement les standards internationaux. En somme, note le professeur Graeme B. Dinwoodie¹⁶ : « There is no such thing as an international copyright, or international trademark, or international patent ».

Alors que se terminait le 20^e siècle, l'effondrement du bloc de l'Est et l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne (1986) semblèrent un moment consacrer un quasi-monopole à l'OMPI en matière de propriété intellectuelle¹⁷. Toutefois, il apparut clairement lors des négociations initiées en 1986, et devant mener à la fondation de l'OMC (1994), que certaines puissances économiques (États-Unis, Union européenne et Japon, principalement) voulaient incorporer au traité créant l'OMC un accord parallèle sur les DPI « couvrant tout le domaine des traités de fond précédents et y ajoutant des règles relatives à la mise en œuvre et l'acquisition des droits¹⁸ ». Cette volonté résultait notamment de la pression exercée par les principales industries (cinéma, édition, pharmaceutique, informatique) titulaires des DPI et du constat alors dressé de l'insuffisance générale du système de l'OMPI. Les doléances étaient ici nombreuses. Elles portaient autant sur le faible degré de protection des DPI prévu par les conventions de Paris et Berne que sur la procédure onéreuse et inutilisée de règlement des litiges internationaux, théoriquement attribuée à la Cour internationale de justice, qu'elles instauraient. Était aussi critiqué le

¹⁵ *Convention de Berne*, art. 7 (1). Cette disposition, fixant à cinquante ans après la mort de l'auteur la durée de la protection d'une œuvre littéraire ou artistique, est un bon exemple de protection minimale.

¹⁶ Graeme B. Dinwoodie, «The Architecture of the International Intellectual Property System», (2002) 77 *Chi.-Kent L. Rev.* 993, 996.

¹⁷ Les États-unis s'étaient en 1983 retirés de l'UNESCO, qui touchait aussi aux DPI. Debora J. Halbert, «The World Intellectual Property Organization: Past, Present and Future», (2006-2007) 54 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 253.

¹⁸ Daniel Gervais et Isabelle Schmitz, *L'Accord sur les ADPIC*. Bruxelles : Larcier, 2010. P. 26.

fonctionnement même de l'OMPI, le bloc des pays émergents refusant les hauts standards de protection des DPI promus par les pays industrialisés¹⁹.

Cette velléité des principales puissances économiques de faire de l'OMC le nouveau centre de gravité du système international de protection des DPI s'incarna ainsi en 1994 dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*²⁰ (ADPIC), auquel furent incorporées les conventions de Paris et Berne, assorties de nouvelles mesures de protection des DPI accompagnant obligatoirement l'adhésion à l'OMC²¹. L'adhésion des pays en développement à l'ADPIC fut possible par des concessions effectuées par les pays industrialisés dans d'autres secteurs, notamment ceux de l'agriculture et du textile. Ce dernier détail mit par ailleurs en lumière l'un des désavantages du système normatif de l'OMPI, car celui-ci, limité au système des DPI, n'offre pas à ses membres l'opportunité de négocier à l'aide de concessions effectuées dans d'autres secteurs économiques comme le permet l'OMC²². L'établissement de l'ADPIC posa un immense défi à l'OMPI, désormais contrainte de partager la gouvernance du système international de propriété intellectuelle avec une nouvelle convention qui harmonisait largement le droit de la propriété intellectuelle en regroupant deux segments de celui-ci jusque-là traités séparément, soit le droit d'auteur et la propriété industrielle²³.

La marginalisation graduelle que certains entrevoyaient alors pour l'OMPI n'eut toutefois pas lieu. En effet, une entente de coopération entrée en vigueur en 1996 délimita les sphères d'activité respectives de l'OMC et de l'OMPI. Cette dernière, grandement déchargée des marchandages politiques désormais effectués à l'OMC, vit ainsi confirmée son autorité sur les dimensions techniques de la propriété intellectuelle, sur lesquelles il apparut rapidement qu'elle était apte, bien davantage que l'OMC, à jouer un rôle, et ce, non seulement en raison de l'émergence de l'internet, qui poussa à un degré sans précédent

¹⁹ Monique L. Corday, «GATT v. WIPO», (1994) 76 *Pat. & Trademark Off. Soc'y* 122-123, 131, 137-138.

²⁰ Annexe 1C de l'Accord instituant l'OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. Les textes juridiques*. Genève : OMC, 2003.

²¹ *Id.*, art. 10. Ce dernier article protège par exemple les DPI en matière de logiciels.

²² Keith Abbott, Thomas Cottier and Francis Gurry, *International Intellectual Property in an Integrated World Economy*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. P. 19.

²³ Thu-Lang Tran Wasescha, «L'Accord sur les ADPIC: un nouveau regard sur la propriété intellectuelle», dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005. P. 144-145.

la complexité des problématiques liées aux DPI, mais aussi de l'expertise qu'elle avait développée dans le domaine. Au cœur de cette expertise se trouvent les programmes d'assistance technique offerts par l'OMPI à ses membres depuis sa fondation. Ne visant dans les faits que des pays émergents, les lois et initiatives juridiques qui résultent de cette assistance n'ont généralement de portée qu'en droit interne²⁴. Ils demeurent toutefois partie intégrante du système normatif international en matière de DPI dans la mesure où leur mise sur pied est désormais conditionnelle à l'acceptation de l'ADPIC, dont ils incorporent largement le contenu substantif. C'est ainsi que, par le biais d'ententes conclues avec l'ADPIC en 1995, 1998 et 2001, les programmes d'assistance technique de l'OMPI ont joué un rôle vital dans l'implantation du nouveau régime harmonisé prévu par l'OMC, que les pays dits « en développement » avaient jusqu'en 2006 pour incorporer. L'implantation de l'ADPIC fut ainsi une période d'hyperactivité pour ces programmes qui, entre 1998 et 2001, offrirent un soutien logistique à 34 États en développement et un soutien législatif à 32 d'entre eux²⁵. Ces programmes, qui absorbent un dixième du budget de l'organisation, peuvent par ailleurs compenser l'incapacité de l'OMPI à servir de forum de négociation multisectoriel sur le modèle de l'OMC²⁶.

De même, alors que la propriété intellectuelle fut longtemps perçue comme l'un des domaines les plus hermétiques du droit international, l'apparition de l'OMC eut lieu parallèlement à une importante prise de conscience quant à l'importance des enjeux liés aux DPI dans les pays en développement²⁷. De nombreuses critiques furent exprimées, surtout par les États en développement et organisations non gouvernementales, autant sur la durée des brevets que le partage des technologies, les règles en matière de santé publique, le système de règlement des litiges de l'OMC que, plus généralement, sur le manque de transparence de celle-ci. Ces doléances trouvèrent en l'OMPI une tribune, résultant en un

²⁴ Laurence R. Helfer and Graeme B. Dinwoodie, «Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy», (2001) 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 167 no 81.

²⁵ C. May, *op. cit. supra*, note 4, p. 46-47.

²⁶ Ainsi, l'adhésion des pays de l'Afrique francophone aux traités de l'OMPI sur l'internet en 1996 fut rendue largement possible par la volonté de ces États de voir se maintenir et s'accroître ces programmes d'assistance.

²⁷ Laurence R. Helfer, «Regime Shifting in the International Intellectual Property System», (2009) 7 *Perspectives on Politics* 39 ; Ruth L. Okediji, «The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System», (2003) 7 *Singapore J. Int'l & Comp. L.* 315, 340.

nouvel intérêt pour l'organisation²⁸. Expertise technique et nouveau forum d'expression contrebalançant l'ADPIC : c'est sur la base de cette double légitimité, parfois contradictoire comme nous le verrons, que s'est déployée dès lors l'activité normative de l'OMPI. Ainsi, note May²⁹, en dépit du partage désormais consacré des responsabilités entre l'OMC et l'OMPI, cette dernière a su constituer à nouveau « the chosen forum for negotiating further extensions to the global governance regime for intellectual property ».

B. La filière conventionnelle

Quoique le droit international conventionnel demeure au cœur de l'action de l'OMPI, il est fort significatif que des six accords internationaux conclus sous l'égide de l'OMPI depuis l'apparition de l'ADPIC, à peine deux d'entre eux, soit le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*³⁰ (WTC) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*³¹ (WPPT), conclus simultanément en 1996 et souvent appelés les traités « de l'internet », peuvent être caractérisés d'accords substantiels et majeurs, tant par le nombre de leurs membres (respectivement 90 et 91 États) que par leur importance dans le régime international de DPI et les ressources qu'y consacre l'agence. Ces traités protègent respectivement les droits d'auteur des logiciels et bases de données (WCT), et les droits économiques et moraux des performeurs (acteurs, musiciens) et producteurs de phonogrammes sur support digital (WPPT). Ils représentaient, lors de leur adoption en 1996, à la fois les premiers outils conventionnels portant sur l'internet et les premiers de l'OMPI suite à l'apparition de l'OMC, faisant dire à l'auteur Paul Salmon³² qu'ils formaient le « real test for the continued relevance of WIPO in norm setting ».

La chose était d'autant plus vraie que certains notaient alors la difficulté croissante d'aboutir à des ententes basées sur les mécanismes multilatéraux traditionnels, notamment en raison des clivages croissants qui étaient alors constatés entre les économies les plus développées, largement titulaires de DPI, et celles en développement. Ce fait incita l'OMPI

²⁸ Jawashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*. Londres and Boston : Kluwer Law International, 2001. P. 386-389 ; Frederick M. Abbott, «Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century», (1996) 29 *Vand. J. Transnat'l* 471, 474.

²⁹ C. May, *op. cit. supra*, note 4, p. 36.

³⁰ 20 décembre 1996, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=29516 (consulté le 25 septembre 2013).

³¹ 20 décembre 1996, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295580 (consulté le 25 septembre 2013).

³² Paul Salmon, «Cooperation Between the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the World Trade Organization (WTO)», (2003) 17 *St. John's J. Legal Comment.* 429, 435.

à tenter d'innover dans le cadre du processus d'adoption conjoint des deux conventions lors de la Conférence Diplomatique de Genève en 1996 en invitant, tant à la conférence qu'aux travaux préparatoires, un nombre sans précédent d'ONG (plus de 75) impliquées dans les enjeux liés aux DPI en tant qu'observateurs accrédités. Comme le note Dinwoodie, non sans une certaine désapprobation, ces négociations furent notables par leur caractère expéditif, dû au fait que ces traités intégrèrent non pas des pratiques et expériences nationales établies, mais bien ce qui n'était encore que de simples propositions, résultat d'une volonté de baliser le plus rapidement l'usage d'internet³³. Ce détail n'est pas étranger à l'appui enthousiaste donné à ces traités par les industries titulaires des DPI, dont de nombreuses demandes (notamment la protection des droits des titulaires de DPI dans un vaste ensemble de transmissions digitales, la limitation des prérogatives nationales de prévoir des dérogations et l'adoption de mesures contre la falsification du régime des droits) furent intégrées aux traités³⁴, fait déploré par certains défenseurs des droits des usagers³⁵.

Bien que ces dispositions aient pu faire dire à certains que l'OMPI a tenté de refaire sa légitimité internationale en accommodant les États-Unis et l'Union européenne³⁶, elles n'en bénéficièrent pas moins à ce moment d'un large appui de la part des pays émergents, dont les propres industries³⁷ étaient alors convaincues de la nécessité d'agir prestement afin de baliser le nouvel environnement numérique dont le potentiel et les effets éventuels semblaient aussi vastes d'inconnus. De même, les traités de 1996, comme le note la professeure Pamela Samuelson³⁸, ne retinrent pas les propositions qui auraient en fait consacré une conception beaucoup plus stricte des DPI en matière numérique, en raison notamment de l'importante présence des ONG lors des négociations qui rendit difficile « for U.S. and E.U. negotiators to command the deference to which they had become

³³ Graeme B. Dinwoodie, «The WIPO Copyright Treaty: A Transition to the Future of International Copyright Lawmaking?», (2006-2007) *57 Case W. Res. L. Rev.* 753.

³⁴ WTC, art. 8, 10, 11 et 12 ; WPPT, art. 15, 16, 18 et 19.

³⁵ David Vaver, «Copyright and the Internet: From Owner Rights and User Duties to User Rights and Owner Duties?», (2006-2007), *57 Case W. Res. L. Rev.* 738-740.

³⁶ Ray Corrigan, *Digital Decision Making: Back to the Future*. Londres : Springer-Verlag, 2007. P. 170-171.

³⁷ Telle le secteur multimédia en Inde, ou de l'enregistrement en Afrique. P. Salmon, *loc. cit. supra*, note 32.

³⁸ Pamela Samuelson, «The U.S. Digital Agenda at WIPO», (1996) *37 Va. J. Int'l L.* 369, 377, notamment l'élimination de la plupart des dérogations basées sur l'usage « équitable ».

accustomed during prior WIPO meetings³⁹». Un bon exemple en serait le travail de la Japan Electronic Industry Development Association (JEIDA), qui fut fort active pour rappeler aux membres l'importance des exceptions d'usage équitable lors des discussions portant sur les dispositifs technologiques anti-piratage⁴⁰ ou celui de nombreux experts qui utilisèrent le véhicule de l'observateur non gouvernemental pour assister aux travaux et à la conférence finale⁴¹. Leurs préoccupations, surtout exprimées pour atténuer la portée des niveaux de protection élevés souhaités par certains pays, note Pamela Samuelson⁴², « found a receptive audience among many national delegations to the diplomatic conference ».

Faisant suite à une proposition de l'Inde qu'approuvaient la plupart des pays en développement, les traités de 1996 affirment ainsi, au sujet de son incorporation en droit interne, de « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général » en termes d'éducation, recherche et accès à l'information⁴³. Au moment de l'adoption des traités, cette mention dans un traité multilatéral était une nouveauté après plus d'un siècle d'application des conventions de Paris et Berne, où l'atteinte d'un juste milieu entre droits des titulaires et usagers des DPI relevait de l'exclusive discrétion des États⁴⁴. Plus d'une décennie après leur entrée en vigueur (2001), les traités de l'internet forment l'une des principales assises en matière de DPI digitaux à l'échelle internationale et le concept d'équilibre occupe désormais une place incontournable dans les débats nationaux et internationaux en matière de DPI⁴⁵.

Un constat s'impose toutefois : plus de deux décennies se sont maintenant écoulées depuis la signature des derniers accords multilatéraux majeurs de l'OMPI, signature qui nécessita elle-même une procédure plutôt inhabituelle, et résultant de circonstances particulières où primait une volonté générale d'encadrer le web émergent. Les traités de

³⁹ *Id.*, 433.

⁴⁰ Michael Geist, «The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties: An Examination of the Anti-Circumvention Requirements », in Michael Geist, «*Radical Extremism » to «Balanced Copyrights»: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto : Irwin Law, 2010. P. 214.

⁴¹ Peter Choy assista ainsi comme observateur de la Computer & Communications Industry Association (CCIA). Le professeur Jerome H. Reichman (Université Vanderbilt) assista à la réunion de Genève au nom du Conseil international des unions scientifiques (CIUS).

⁴² P. Samuelson, *loc. cit. supra*, note 39, 374.

⁴³ WCT, préambule; WPPT, préambule.

⁴⁴ G.B. Dinwoodie, *loc. cit. supra*, note 33, 757.

⁴⁵ *Id.*, 764-765.

l'internet de l'OMPI ne sont entrés en vigueur qu'en 2002, requérant chacun la ratification ou l'adhésion formelle de 30 membres pour ce faire. Quoique non exceptionnel en matière de conventions multilatérales, un délai de six ans constitue cependant une période particulièrement longue dans un domaine aussi tributaire des développements technologiques que la propriété intellectuelle. Or, les changements survenus dans le contexte mondial depuis la fin des années 1990 ont rendu beaucoup plus difficile que par le passé la conclusion de telles ententes, outre peut-être celles d'ordre mineur et portant sur des enjeux techniques, comme les plus récentes chapeautées par l'OMPI en 2012 et 2013, respectivement sur les interprétations et exécutions audiovisuelles et l'accès aux œuvres publiées pour personnes atteintes de certains handicaps, toutes deux n'étant toujours pas en vigueur⁴⁶.

Le consensus de 1996 s'est d'abord heurté à la difficile réalité voulant que la régularisation du cyberspace soit chose plus difficile qu'initialement envisagé. La pratique du piratage demeure omniprésente, même si le modèle le plus maximaliste d'incorporation nationale des traités de l'internet, soit le *Digital Millennium Copyright Act*⁴⁷ (DCMA), adopté par le Congrès américain en 1998, va bien au-delà des standards minimaux requis par les traités de 1996⁴⁸. Mais surtout, il apparaît clairement que les régimes de protection maximalistes peuvent avoir des conséquences négatives sur les droits des usagers de DPI, conséquences qui n'avaient pas été anticipées en 1996⁴⁹. Dans la mesure où le modèle du DCMA s'est, depuis ces dernières années, étendu à divers pays

⁴⁶ *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*, 24 juin 2012, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295842 [BTAP] ; *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*, 27 juin 2013, www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/fr/vip_dc/vip_dc_8.pdf (consulté le 18 octobre 2013).

⁴⁷ Pub. L. No. 105-304, § 112, Stat. 2860 (1998).

⁴⁸ Dans une moindre mesure, la chose est aussi vraie relativement au modèle d'incorporation privilégié par membres de l'Union européenne ou celui adopté par de nombreux pays en développement dans le cadre du programme d'assistance technique de l'OMPI. R. Corrigan, *op. cit. supra*, note 36, p. 170-172 ; D. Vaver, *loc. cit. supra*, note 35, 737-747; Gwen Hinze, « Brave New World, Ten Years Later : Reviewing the Impact of Policy Choice in the Implementation of the WIPO Internet Treaties' Technological Protection Measure Provisions », (2006-2007) *57 Case W. Res. L. Rev.* 811-815.

⁴⁹ De nombreux observateurs furent alarmés de voir qu'aux États-Unis, les interprétations jurisprudentielles du DCMA ont consacré de nouveaux pouvoirs par lesquels certains titulaires DPI ont pu outrepasser les exceptions jusque-là acceptées d'usage à des fins éducatives sur la règle du « fair use ». *Universal City Studios Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2001).

avec lesquels les États-Unis ont signé des accords bilatéraux de libre-échange⁵⁰, les préoccupations liées aux effets pervers du régime de protection maximaliste qu'il prévoit se sont universalisées. En 2002, le rapport de la Commission on Intellectual Property Rights formée au Royaume-Uni, mettait en garde les pays en développement quant à leur adhésion aux traités de l'internet, alors qu'au moment même émergeaient des doutes concernant les effets positifs des régimes de protection élevée de DPI dans de nombreux domaines, rendant encore plus difficile la formation de consensus internationaux propres aux ententes multilatérales⁵¹.

L'exemple de la proposition de l'OMPI pour un traité protégeant les droits des organismes de radiodiffusion illustre bien cette nouvelle donne. Suite à la signature des traités de l'internet en 1996, les organismes de radiodiffusion, qui incluent les télédiffuseurs, commencèrent eux aussi à réclamer une entente qui protégerait leurs droits à l'ère numérique, le dernier traité international sur les droits de radiodiffusion⁵² n'ayant jamais été signé par d'importants pays tels que les États-Unis ou la Chine et datant d'une époque (1961) depuis laquelle les technologies de communication ont fort évolué. Les industries de radiodiffusion, incluant celles des pays en développement, voulant lutter contre le piratage de leurs signaux leur faisant perdre des sommes considérables, un phénomène s'étant accentué à l'ère numérique, souhaitent depuis longtemps la conclusion d'une entente protégeant pour un nombre fixe d'années leurs droits de retransmission. Elles purent ainsi, dans un premier temps, jouer de leur influence afin d'inciter en 1998 le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI à adopter une position à cet effet et réclamer la tenue d'une conférence diplomatique pour l'adoption d'un traité⁵³. Une décennie et une multitude de rondes de négociations préliminaires plus tard, cet accord, dont les États-Unis demeurent les principaux promoteurs bien qu'ayant accepté d'en diluer

⁵⁰ Exemples : Singapour, Chili, Maroc, Australie, Barhein, Oman, ou Colombie.

⁵¹ Ahmed Abdel Latif, «From Consensus to Controversy: The WIPO Internet Treaties and Lessons for Intellectual Property Norm Setting in the Digital Age», in Mira Burri and Thomas Cottier, *Trade Governance in the Digital Age: World Trade Forum*. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P. 374.

⁵² *Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=289759 (consulté le 2 février octobre 2014).

⁵³ Shyamkrishna Balganes, «The Social Costs of Property Rights in Broadcast (and Cable) Signals», (2007) 22 *Berkeley Tech. L. J.* 1303, 1311-1312.

la portée⁵⁴, n'est toujours pas devenu réalité, s'étant buté à l'opposition farouche d'une coalition de pays en développement et de groupes tels la *Electronic Frontier Foundation* (EFF), qui ont jusqu'ici refusé d'étendre aux transmissions touchant l'internet les protections dont bénéficient déjà les radiodiffuseurs en vertu des conventions existantes⁵⁵. En somme, l'importance désormais fondamentale accordée à l'internet, et plus globalement à la propriété intellectuelle, rend les États plus réticents que par le passé à s'engager dans des ententes portant sur la gouvernance des règles dans le domaine⁵⁶.

C. L'alternative de la « soft law »

Comme le note le juriste Edward Kwakwa⁵⁷, œuvrant lui-même à l'OMPI, la nécessité s'est fait sentir pour l'OMPI vers la fin des années 1990 d'ajuster « its traditional rulemaking processes by adopting more rapid, transparent, effective, and politically acceptable means of norm creation ». À cet égard, l'exemple de l'OMPI est loin d'être exceptionnel : dans toutes ses branches, le droit international s'est depuis quelques années enrichi d'un abondant *corpus* de normativité relative, dynamique visible surtout là où, a noté la professeure Isabelle Duplessis⁵⁸, l'État « demeure jaloux de sa souveraineté ou désireux de préserver une certaine autonomie, alors qu'il est simultanément impérieux de développer la coopération internationale », qu'il s'agisse des domaines de la gouvernance, de la sécurité internationale, du droit de l'environnement, du droit de la santé et de la bioéthique ou du droit du travail⁵⁹. En matière d'ententes entre sujets de droit international, la « soft law » permet de contourner les problématiques relatives aux outils conventionnels multilatéraux pouvant engendrer des coûts substantiels en terme de temps et de ressources

⁵⁴ Margaret Mikyung Lee, «WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations», in Alan N. Moller and Charles E. Pleston, *Telecommunications and Media Issues*. New York : Nova Science Publishers Inc., 2008. P. 98.

⁵⁵ Milton L. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge : Massachusetts Institute of Technology, 2010. P. 147.

⁵⁶ A. A. Latif, *op. cit. supra*, note 51, p. 383.

⁵⁷ Edward Kwakwa, «Institutional and Procedural Reform at the World Intellectual Property Organization», (2006) 3 *Int'l Org. L. Rev.* 143, 150.

⁵⁸ Isabelle Duplessis, «Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international», [2007] *R.Q.D.I.* 245, 250 (Hors-série).

⁵⁹ Sous la pression des sociétés civiles, une dynamique similaire est observable depuis quelques années parmi les acteurs privés du droit international, y compris les entreprises multinationales à la recherche de balises éthiques. Kevin T. Jackson, «Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability», (2010) 35 *Brooklyn J. Int'l L.* 41, 44-46.

: le nombre souvent limité de parties disposées à être formellement liées, la difficile élaboration de règles contraignantes, l'atteinte de consensus et la complexité des processus nationaux de ratification ou d'adhésion. Les procédés de normativité relative sont, de même, adaptés à une époque généralisée de décentralisation où, parallèlement aux États qui demeurent les sujets premiers du droit international, émergent des acteurs non étatiques tels que les ONG ou les entreprises multinationales dont la doctrine positiviste traditionnelle postule l'inadmissibilité à participer formellement au contractualisme multilatéral⁶⁰, mais avec lesquels l'OMPI doit traiter continuellement en raison des services qu'elle offre en matière de brevets, marques de commerce et règlements extra-judiciaires.

Plus aisée à élaborer dans le cadre de négociations, la règle de « soft law » est de même beaucoup plus facile à modifier ou simplement résilier en cas de désuétude, la rendant particulièrement bien adaptée aux domaines dont les acteurs souhaitent évaluer l'impact des ententes sur une période de temps donnée, facteur étant depuis longtemps reconnu comme prenant une importance particulière en matière de relations commerciales⁶¹. La règle de « soft law » permet ainsi l'établissement graduel de consensus portant sur des principes ou des pratiques qui peuvent s'incorporer au droit international ou interne dans pour autant avoir à « pursuing these same substantive goals through the mechanism of formal treaties adopted after a long negotiation process », note Dinwoodie⁶².

S'il est reconnu, comme l'a longtemps avancé l'école positiviste, que la distinction fondamentale entre les sources formelles et les normes relatives de droit international réside dans le caractère non contraignant de ces dernières, ce schème dualiste demeure imparfait. Nonobstant le principe *pacta sunt servanda*, selon lequel tout traité lie ses parties, celles-ci devant s'y conformer en bonne foi, les États violent fréquemment leurs obligations internationales formelles, nuançant d'emblée le caractère contraignant du droit

⁶⁰ Cette intéressante thèse fut avancée au début des années 2000 : Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, «Hard and Soft Law in International Governance», (2000) 54 *Int'l Org.* 421, 436.

⁶¹ Tadenz Grmchalla-Wesierski, «A Framework for Understanding "Soft Law"», (1984) 30 *McGill L.J.* 42-43.

⁶² Graeme B. Dinwoodie, «The International Intellectual Property System : Treaties, Norms, National Courts, and Private Ordering», in Daniel Gervais, *Intellectual Property, Trade and Development: Strategies to Optimize Economic Development in a TRIPS Plus Era*. New York and Londres : Oxford University Press, 2007. P. 81.

international conventionnel⁶³. D'autre part, cette distinction sous-estime les instruments internationaux de normativité relative quant à l'influence concrète dont ceux-ci peuvent être investis. Tout d'abord, leur non-respect peut engendrer d'appréciables coûts politiques, diplomatiques ou économiques de la part d'une partie donnée⁶⁴. De même, ils peuvent aisément être à l'origine de règles appelées à revêtir un caractère contraignant, notamment en permettant la mise en place de consensus largement reconnus par les acteurs d'un domaine donné (ce qui est particulièrement vrai en matière de règlement de litiges extra-judiciaires) ou même de pratiques concrètes, éléments qui pourront selon le cas être incorporés sous des formes variables dans les ententes formelles, processus souvent qualifié de *hardening* (durcissement) de la norme relative par la doctrine anglophone⁶⁵.

II. LA « SOFT LAW » ET L'OMPI

A. Les comités permanents de l'OMPI

Les comités permanents de l'OMPI sont le Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques (SCT), le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) et le Comité permanent du droit des brevets (SCP). Un quatrième, le Comité permanent des techniques de l'information (SCIT), est relativement peu actif et ne sera pas ultérieurement mentionné ici. Comme il serait impossible d'étudier exhaustivement les activités des comités permanents de l'OMPI, cette étude se concentrera sur deux formes de « soft law » dont ces instances ont jusqu'ici fait usage, soit l'adoption de résolutions officielles présentées comme lignes directrices (par le SCT) et les propositions de traités multilatéraux, qu'ils aient été ou non adoptés (par le SCT et le SCP).

Fondés en 1998, les comités permanents de l'OMPI ont souvent été vus comme la branche la plus active de l'OMPI quant à la production de nouvelles normes en matière de

⁶³ Eric Posner and Jack L. Goldsmith, «International Agreements: A Rational Choice Approach », (2003) 44 *Va. J. Int'l L.* 113, 115.

⁶⁴ Andrew T. Guzman, «A Compliance-Based Theory of International Law», (2002) 90 *Cal. L. Rev.* 1881.

⁶⁵ Jon Birger Skjaerseth, Olav Schram Stokke and Jørgen Wettestad, «Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms», (2006) 6 *Global Environ. Polit.* 104, 104-105.

DPI⁶⁶. Ils se démarquèrent rapidement par leur hyperactivité dans un contexte global où l'OMPI bénéficiait d'un regain d'intérêt de la part des pays promouvant l'harmonisation du régime mondial de propriété intellectuelle. Surtout aux États-Unis, où la stratégie se réorienta au début des années 2000 sur un constat : si le contexte ne se prêtait plus aux larges conventions multilatérales, « securing softer commitments to the adoption of convergent norms of trademark law might still be valuable⁶⁷ ». Le fonctionnement des comités permanents de l'OMPI ne permet qu'aux États d'accéder au statut de membres (les organisations non gouvernementales ne pouvant assister aux réunions que comme observateurs) et les délégations des pays en développement ne peuvent souvent y déployer une expertise semblable à celle des États les plus développés⁶⁸. Certains intervenants critiques des niveaux élevés de protection intellectuelle ont noté, non sans désapprobation, que le travail des comités de l'OMPI semblait en phase avec les objectifs des principaux pays titulaires de DPI⁶⁹.

Un bon exemple de cette tendance serait le travail du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI (STC⁷⁰) qui, à partir de sa fondation en 1998, fut chargé de superviser le système international des marques de commerce. Dès le départ, le STC, à l'instigation des États-Unis, effectua des recommandations adoptées par l'Assemblée générale de l'OMPI portant respectivement sur les marques de commerce dites notoires (1999)⁷¹, sur les licences de

⁶⁶ Coenraad Visser, «Policy-Making Dynamics in Intergovernmental Organizations : A Comment on the Remarks of Geoffrey Yu», (2007) 82 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1457, 1459.

⁶⁷ Graeme B. Dinwoodie, «Some Remarks on the Limits of Harmonization», (2006) 5 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 596, 600.

⁶⁸ C. Visser, *loc. cit. supra*, note 66.

⁶⁹ Ahmed Abdel Latif, «Developing Country Coordination in International Intellectual Property Standard-Setting», South Centre, Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.) – Working Papers, no. 24, Genève, juin, 2005, p. 6-7, www.pijip-impact.org/wp-content/uploads/2013/01/Developing-Country-Coordination-in-International-Intellectual-Property-Standard-Setting-Abdel-Latif.pdf (consulté le 27 mai 2014).

⁷⁰ «Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications ».

⁷¹ Assemblée générale de l'OMPI, *Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires*, adoptée à la 34^e série de réunions des assemblées des États membres, 20-29 septembre 1999, www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/marks/833/pub833.pdf (consulté le 20 septembre 2014).

marques de commerce (2000)⁷² et sur le concept « d'usage » sur internet (2001)⁷³, avec instruction expresse à chaque État membre d'en utiliser les dispositions comme lignes directrices et « d'attirer l'attention » de toute organisation intergouvernementale concernée sur elles. Toutes trois non contraignantes, ces résolutions ne peuvent être adoptées ou ratifiées par des États ou organisations intergouvernementales, mais peuvent servir de modèle dans l'élaboration de législations internes ou autrement constituer des références doctrinales et jurisprudentielles⁷⁴. Autrement dit, comme l'ont noté les juristes Marcus Höpferger et Martin Senftleben⁷⁵, elles ont une « strong persuasive authority as an expression of an international consensus ». Elles sont de même susceptibles d'être « endurcies » par leur incorporation dans des accords bilatéraux de type « APDIC-Plus », un bon exemple en ce sens étant le traité bilatéral de libre-échange entre les États-Unis et Singapour qui comporte un engagement par lequel les deux parties s'engagent à donner effet aux articles 1 à 6 de la recommandation de 1999 sur les marques de commerce notoires, dispositions qui portent sur la détermination du statut notoire d'une marque de commerce à l'intérieur d'un État⁷⁶.

La « soft law » émanant des comités de l'OMPI peut même être « endurcie » par le biais de conventions multilatérales traditionnelles. Cette transformation de la *lex ferenda*

⁷² Assemblée générale de l'OMPI, *Recommandation commune concernant les licences de marques*, adoptée à la 35^e série de réunions des assemblées des États membres, 25 septembre-3 octobre 2000, www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/marks/835/pub835.pdf (consulté le 20 septembre 2014).

⁷³ Assemblée générale de l'OMPI, *Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet*, adoptée par à la 36^e série de réunions des assemblées des États membres, 24 septembre-3 octobre 2001, www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/marks/845/pub845.pdf (consulté le 20 septembre 2014).

⁷⁴ Notons en guise d'exemple l'avis de deux juristes turcs qui, analysant en 2012 les régimes en matière de marques de commerce, affirmaient: « If we are requested to grade international documents regarding the protection of well-known marks, WIPO Joint Recommendation shall get the highest grade. But unfortunately this document has not legally binding effect (...) ». Özgün Altop and Kubilay Özdemir, «The Protection of Well-Known Marks and Marks with Reputation in Turkey and EU : Is Total Harmonization Possible and Desirable? », *The IP Masters Group: Intellectual Property Law Research*, p. 10, ip-masters.com/research/altop-ozdemir-2012.pdf (consulté le 25 septembre 2014).

⁷⁵ Marcus Höpferger and Martin Senftleben, «Protection Against Unfair Competition at the International level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation», in Reto Hilty and Frauke Henning-Bodewig, *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?*. Berlin et New York : Springer, 2007. P. 75.

⁷⁶ *United States – Singapore Free Trade Agreement*, 6 mai 2003, art. 16.1 (2) (b) (i), www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf (consulté le 25 septembre 2014) [USSFTA].

en *lex lata* est possible là où le processus conventionnel ne viendrait à toutes fins pratiques que consacrer formellement des accords ou compromis déjà exprimés par le biais d'outils non contraignants. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué d'observer que la dynamique menant à l'adoption de règles de « soft law » par les comités de l'OMPI présente certaines similarités avec celles pouvant mener à l'élaboration de traités et peuvent même en constituer une alternative relativement peu coûteuse. Les initiatives résultent généralement de l'activisme d'un pays membre et ses alliés sur un sujet donné, et donnent ensuite lieu à des négociations sur le libellé des formules qui seront ensuite soumises pour approbation à l'Assemblée générale de l'OMPI. Bien évidemment, le temps nécessaire à l'élaboration de la « soft law » est plus court et la procédure beaucoup plus rapide, l'essentiel du travail s'effectuant en comité⁷⁷. Par ailleurs, l'aspect non contraignant des dispositions adoptées rend les États membres (initialement, du moins) plus libres d'exprimer leur volonté, celle-ci ne les liant pas pour le futur.

Le meilleur exemple de « soft law » ainsi codifiée est sans conteste le *Traité de Singapour sur le droit des marques* (TLT)⁷⁸, première convention sous l'égide de l'OMPI en une décennie. Entré en vigueur en 2009, cet accord permet à toute marque enregistrée dans un État membre, peu importe son support (incluant donc désormais les marques tridimensionnelles, mouvantes ou non visibles), d'être reconnue rapidement dans un autre, et réduit les échanges qu'aura son dépositaire avec les autorités d'enregistrement nationales, tout en introduisant d'autres ajustements procéduraux mineurs.

Bien que certains pourraient voir ce traité comme une apparente rupture avec le virage normatif de l'OMPI vers la « soft law » et un retour aux stratégies multilatérales traditionnelles, ce constat peut être fortement nuancé, non seulement de par son aspect relativement technique et le nombre de ses parties demeurant relativement faible –36 États à ce jour, loin des ambitions propres aux traités de l'internet de 1996–, mais aussi par un examen sommaire de ses origines. Dès sa formation en 1998, le comité STC de l'OMPI fit des recommandations pour que soit entreprise une révision du traité le plus récent (1994)

⁷⁷ A. A. Latif, *op. cit. supra*, note 51, p. 6.

⁷⁸ 27 mars 2006, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=290021 (consulté le 25 septembre 2013).

en matière de marques de commerce⁷⁹. Des éléments de la recommandation non contraignante de 2000 se retrouvent ainsi dans de nombreuses dispositions du TLT, la reproduction étant même textuelle dans le cas d'un article portant sur les effets du défaut d'inscription d'une licence de marque de commerce dans un État membre⁸⁰. L'ébauche du traité approuvée par le STC en octobre 2004 est, pour l'essentiel, presque identique à ce qui deviendra le TLT, le seul changement substantif notable étant l'exclusion de toute référence expresse aux marques de commerce hologrammes, de même que l'élimination d'une disposition (faisant passer le nombre d'article de 33 à 32 dans le TLT) d'ordre technique portant sur l'usage d'une marque au nom du titulaire⁸¹. L'observation que fit l'avocat américain Samay Gheewala⁸², pour qui les initiatives de « soft law » de l'OMPI « did [...] strongly influence the drafting of the eventual treaty » est donc pour le moins euphémistique.

En de telles circonstances, la conférence débouchant sur l'entente multilatérale ne sert plus essentiellement qu'à l'attestation d'un état de fait. Ce processus est fort différent de celui qui déboucha, une décennie auparavant, aux traités de l'internet, qui étaient essentiellement basés sur des suggestions et pratiques des États membres, et celui des traités antérieurs, où les négociations entre États à l'Assemblée Générale de l'OMPI et lors des conférences internationales d'adoption étaient déterminantes. S'agissant du TLT, bien que l'acceptation rapide et le « durcissement » éventuel des normes proposées par le STC résultèrent en grande partie de l'important lobbysme en leur faveur des États-Unis, il n'en demeure pas moins que la conférence finale de Singapour fut convoquée alors qu'un consensus basé sur les suggestions du STC avait déjà été établi parmi l'ensemble des

⁷⁹ *Traité sur le droit des marques*, 27 octobre 1994, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=294339 (consulté le 25 septembre 2013).

⁸⁰ *Id.*, art. 19 : *Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires*, *supra*, note 71, art. 4 ; *Traité sur le droit des marques*, art. 19. La seule différence dans les textes français est que le terme « État membre » dans le premier cas est remplacé par « partie contractante » dans le second.

⁸¹ Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. *Projet de traité révisé sur le droit des marques (TLT)*. 13^e session, WIPO Doc. SCT/13/2, Genève, 25-29 octobre 2004, art. 2 (1) et 20, www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/sct_13/sct_13_2.pdf (consulté le 22 septembre 2014)

⁸² Samay Gheewala, « Singapore Sling: WIPO Passes the Buck on Meaningful Reform of International Trademark Law », (2006-07) 17 *DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 305, 307.

membres de l'OMPI (alors au nombre de 146)⁸³. Notons par ailleurs que certaines résolutions non contraignantes de 2000 émanant du STC avaient déjà été intégrées depuis longtemps dans les droits internes de certains États tels que ceux de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), de même que la Chine, le Mexique et la Russie⁸⁴.

Un cas présentant certaines similarités est le travail du Comité permanent du droit des brevets (SCP) de l'OMPI, dont l'objectif est l'harmonisation du droit international des brevets, déjà largement régi par le *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT)⁸⁵. Originellement signé en 1970, le PCT permet à ses bénéficiaires d'obtenir une attestation éliminant les formalités d'enregistrement dans les autres États membres, processus complété par une recherche internationale destinée à valider les caractéristiques attribuées au produit brevetable. Rassemblant aujourd'hui 148 États, le PCT a vu son usage considérablement croître depuis la fin des années 1990, bien que de nombreuses critiques demeurent à son endroit⁸⁶, notamment quant à la réticence encore manifeste de certains États à reconnaître l'autorité des opinions qu'il atteste et l'absence de consensus quant à certains éléments substantifs tels la nouveauté, l'applicabilité industrielle ou l'utilité⁸⁷.

C'est ainsi que, vers la fin des années 1990, la volonté de nombreux États, et particulièrement des États-Unis, de disposer d'une nouvelle convention qui harmoniserait encore davantage le système international de brevets, donna une impulsion certaine aux travaux du SCP de l'OMPI. Ses travaux débouchèrent très rapidement (en 2000) sur le *Traité sur le droit des brevets* (PLT)⁸⁸, une entente multilatérale mineure établissant des standards procéduraux uniformes dans l'application du PCT. Il est notable qu'encore ici, la quasi-totalité du travail se fit sous l'égide du SCP dans les deux ans qui précédèrent la conférence de Genève de 2000, où fut adoptée l'entente, si bien qu'hormis de nombreuses

⁸³ Les rares propositions d'amendement venant de l'Iran ou de la France ne se retrouvèrent pas dans le texte final, qui reprit essentiellement l'intégralité des suggestions du STC.

⁸⁴ E. Kwakwa, *loc. cit. supra*, note 57, 151.

⁸⁵ 19 juin 1970, www.wipo.int/pct/fr/texts/articles/atoc.htm (consulté le 25 septembre 2013).

⁸⁶ Faryan Andrew Afifi, «Unifying International Patent Protection: The World Intellectual Property Organization Must Coordinate Regional Patent Systems», (1993) 15 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 461.

⁸⁷ Ces éléments engendrent pour les entreprises et inventeurs des coûts additionnels. Gerald J. Mossinghoff, «Lecture: World Patent System Circa 20XX, A.D.», (1999) 1 *Yale J. L. & Tech.* 7.

⁸⁸ *Traité sur les droits des brevets*, 1^{er} juin 2000, www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=288998 (consulté le 25 septembre 2013) [PTL]. L'acronyme français demeure inutilisé.

modifications d'ordre technique, la structure du traité final ne diffère de l'ébauche de traité proposée par le SCP⁸⁹ que par l'ajout de deux articles⁹⁰.

Le PLT demeure toutefois à ce jour l'exemple le plus poussé de « durcissement » normatif des travaux du SCP. Suite à l'adoption de ce dernier, un projet de traité beaucoup plus ambitieux d'harmonisation apparut, rapidement connu sous le nom de *Substantive Patent Law Treaty* ou SPLT. Dans la dernière ébauche résultant des travaux du SCP⁹¹, le SPLT établissait des critères substantifs fixes et universels sur le brevetage, principalement basés sur la législation et la pratique en vigueur aux États-Unis et dans l'Union européenne. Toutefois, une opposition au SPLT est rapidement apparue de la part d'une coalition de pays en développement (comprenant l'Inde et le Brésil), nombre d'entre eux éprouvant déjà des difficultés à maintenir des autorités d'enregistrement et mettre sur pied des mécanismes permettant aux titulaires de brevets étrangers de faire respecter leurs droits⁹². De même, ces États ne souhaitent pas voir la flexibilité relative dont ils bénéficient en vertu de l'ADPIC menacée par une harmonisation substantive qui leur imposerait des standards universels d'attribution de brevets dont pourraient aisément se prévaloir des multinationales, élément particulièrement sensible dans des secteurs tels l'agro-alimentaire ou la pharmaceutique⁹³.

L'OMPI dut se résoudre en 2006 à abandonner le projet du SPLT, dont le statut toujours latent de *lex ferenda* vient rappeler les limites de l'influence de l'OMPI en tant que forum de négociation, ne pouvant offrir aux États réticents des compensations multiseCTORIELLES sur le modèle de l'OMC. Cet échec démontre peut-être par la même occasion que la « soft law » ne peut, du moins dans le contexte de l'OMPI, s'avérer influente que si elle apparaît tenir compte des intérêts, statuts et droits des acteurs de la

⁸⁹ Comité permanent du droit des brevets de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. *Projet de traité sur le droit des brevets et projet de règlement d'exécution*. 3^e session, WIPO Doc., SCP/3/2, Genève, 6-14 septembre 1999, www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_3/scp_3_2.pdf (consulté le 22 septembre 2014).

⁹⁰ *Traité sur les droits des brevets*, art. 2 et 26.

⁹¹ Comité permanent du droit des brevets de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. *Projet de traité sur le droit matériel des brevets (version épurée)*. 10^e session, WIPO Doc., SCP/10/2, Genève, 10-14 mai 2004 www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_10/scp_10_4.pdf (consulté le 22 septembre 2014).

⁹² Jerome H. Reichman and Rochelle Cooper Dreyfuss, «Harmonization Without Consensus: Critical Reflections on Drafting a Substantive Patent Law Treaty», (2007) 57 *Duke L. J.* 85, 96.

⁹³ Voir par exemple Biswajit Dhar and R.V. Anuradha, «Substantive Law Treaty: What It Means for India», (2005) 13 *Econ. Politic. Weekly* 1346, 1348-1352.

scène internationale, et si elle contient des dispositions raisonnables et pratiques sur leur implantation⁹⁴. Il est toutefois à noter que les ébauches du SPTL ont inspiré une réforme du droit japonais des brevets au début des années 2000⁹⁵ et continuent de faire l'objet de multiples discussions, au SCP comme ailleurs⁹⁶.

B. Le Plan d'action de l'OMPI pour le développement

Si l'œuvre des comités STC et SPC de l'OMPI s'inscrivait dans les objectifs prônés par les États traditionnellement en faveur de standards élevés de protection en matière de DPI, et dont le support expliqua de fait la cristallisation rapide qui en fut faite à travers certains outils formels de droit international, l'usage des mécanismes de « soft law » par l'OMPI s'est parallèlement aussi inscrite dans la tendance globale qui vit de nombreux acteurs internationaux chercher à atténuer les effets de l'ADPIC ou encore souhaiter une réforme de la gouvernance de l'OMPI en vue de permettre une plus grande participation des organismes de la société civile, lesquels demeurent d'ailleurs limités au mieux à un statut d'observateurs accrédités à-travers l'agence, incluant ses comités permanents. Cet aspect de l'activité de l'OMPI la place dans une situation fort particulière, où elle devient porteuse de doléances face à un régime dont elle incarne en partie les objectifs et dans l'implantation duquel elle joue pourtant un rôle substantiel.

Dans la catégorie d'initiatives faisant intervenir la « soft law », la plus importante est sans conteste le *Plan d'action de l'OMPI pour le développement (Plan d'action)*⁹⁷, dont les quarante-cinq recommandations furent adoptées à l'unanimité par l'Assemblée générale de l'OMPI à l'automne 2007. S'inscrivant dans la nouvelle pratique institutionnelle propre à

⁹⁴ Edward Kwakwa, «Some Comments on Rulemaking at the World Intellectual Property Organization», (2002) 12 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 179, 193.

⁹⁵ Toshiko Takenaka, «The Best Patent Practice or Mere Compromise? A Review of the Current Draft of the Substantive Patent Law Treaty and a Proposal for a "First-To-Invent" Exception for Domestic Applicants», (2002-03) 11 *Tex. Intell. Prop. L. J.* 259, 272-274. Témoin de l'influence que peuvent avoir les travaux des comités de l'OMPI, certaines propositions du SCP en vue d'un traité SPTL furent incorporées au début des années 2000 dans le droit japonais des brevets. *Id.*, 274.

⁹⁶ Graham Dutfield, «The Limits of Substantive Patent Law Harmonization», in Ruth L. Okediji and Margo A. Bagley, *Patent Law in Global Perspective*. New York and Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 144-145 ; Thomas R. Eimer and Verna Schüren, «Convenient Stalemates : Why International Patent Law Negotiations Continue Despite Deadlock», (2013) 18 *New Polit. Econ.* 533.

⁹⁷ Assemblée générale de l'OMPI, *Les 45 recommandations adoptées dans le cadre du Plan d'action de l'OMPI pour le développement*. 34^e session (18^e session ordinaire), WIPO Doc. A/43/16 Annex. A, Genève, 12 novembre 2007, www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/recommendations.pdf (consulté le 26 septembre 2013).

l'agence, ces recommandations s'inscrivent dans la pure *lex ferenda*; elles forment une série de lignes directrices qui devront désormais guider non seulement les initiatives futures de l'OMPI, mais aussi de ses membres dans le cadre d'éventuelles négociations indépendantes. Comme l'a souligné Jeremy de Beer, la normativité du Plan d'action est d'autant plus relative que celui-ci ne lie pas l'OMPI elle-même, les résolutions adoptées en 2007 n'étant que des recommandations libellées en termes généraux et non pas des exigences auxquelles devra se plier impérativement toute future initiative. Toutefois, poursuit l'auteur, « the Development Agenda's soft law status is likely to have at least a moral effect on both WIPO and its member states. Although the recommendations risk dilution, ignoring the agenda is obviously not an option for anyone⁹⁸ ».

Le Plan d'action émergea dans le contexte précis où un nombre croissant de critiques s'élevaient quant aux effets négatifs du renforcement de la protection des DPI auquel avait donné lieu l'ADPIC, notamment après les crises de santé publique qui frappèrent les pays en développement au tournant des années 2000 (épidémies de VIH ou de malaria), et où une controverse internationale avait éclaté relativement à la pression d'acteurs du domaine pharmaceutique pour augmenter encore davantage les niveaux de protection des brevets par le biais d'accords dits « APDIC-Plus⁹⁹ ». Plus globalement, le problème demeure le déséquilibre flagrant entre pays développés et en développement dans la titularité des DPI. Le meilleur exemple à cet égard est celui des pays africains, lesquels, bien que constituant près de 15% de la population mondiale, ne contrôlent qu'une infime partie de la propriété intellectuelle existante¹⁰⁰. Pour ces États, les résultats de l'application du régime strict voulu par l'ADPIC ont été mitigés. Les partisans d'une protection forte ont jusqu'ici promu leurs idées en affirmant que la prohibition (ou, du moins, la stricte réglementation) des imitations locales des produits, œuvres, innovations et médicaments des économies développées a comme résultat de stimuler la plupart des secteurs économiques

⁹⁸ Jeremy de Beer, «Defining WIPO's Development Agenda», in Jeremy de Beer. *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*. Ottawa : University of Wilfrid Laurier Press/CIGI/IDRC, 2009. P. 12.

⁹⁹ Daniel Gervais, «TRIPS 3.0: Policy Calibration and Innovation Displacement», in Neil Weinstock Netanel, *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*. New York and Londres : Oxford University Press, 2009. P. 53-55.

¹⁰⁰ Au début du 21e siècle, à peine 2% des demandes de brevets venaient de l'Afrique. Patricia Kameri-Mbote. «Intellectual Property Protection in Africa», in *IELRC Working Paper*, 2005 – 3, International Environmental Law Research Centre, p. 1, www.ielrc.org/content/w0503.pdf (consulté le 13 janvier 2014).

nationaux¹⁰¹. Certes, il fut maintes fois démontré qu'un État protégeant les DPI peut plus aisément faire compétition à un État ne les protégeant pas car ce dernier ne peut que très difficilement exporter sa production. Toutefois, le lien entre, d'une part, les niveaux élevés de protection de la propriété intellectuelle et, d'autre part, l'innovation, l'investissement étranger et la croissance économique demeure un phénomène mal compris par la littérature scientifique¹⁰². De plus, le régime de l'ADPIC, où nombre d'États se voient contraints à se rabattre sur leur nature de producteurs de matières premières afin de pouvoir importer les biens intellectuellement protégés des économies développées, a ainsi pu être facilement critiqué par certains auteurs qui n'hésitent pas à y voir la continuation d'un certain colonialisme que tous prétendent vouloir voir disparaître¹⁰³.

Tant sur le plan substantif que formel, l'origine du Plan d'action peut être vue dans les travaux de l'éphémère (1999-2003) Commission consultative des politiques de l'OMPI, formée à l'initiative de la Direction générale de l'agence et regroupant des experts et décideurs de nombreux secteurs devant élaborer de nouvelles approches de collaboration en matière de propriété intellectuelle. En juin 2000, cette commission adopta une déclaration non contraignante enjoignant tous les intervenants en matière de DPI à s'aligner sur des principes généraux qui tiendraient compte de facteurs liés au développement humain, social et culturel dans l'élaboration de nouvelles politiques. Outre son contenu philosophique rompant avec la nature essentiellement technique caractérisant jusque-là les travaux de l'OMPI, cette déclaration, que l'on incitait à mettre « à la portée des populations du monde entier, notamment sous forme imprimée et sous forme électronique¹⁰⁴», démontre que les organes de l'agence, s'ils opèrent dans un contexte autre que la

¹⁰¹ Yongmin Chen and Thitima Puttitanun, «Intellectual Property Rights and Innovation in Developing Countries», (2005) 78 *Journal of Development Economics* 474, 489.

¹⁰² Valbona Muzaka, «Contradictions, Frames and Reproductions: The Emergence of the WIPO Development Agenda», (2013) 20 *Rev. Int'l Polit. Econ.* 215, 229-230.

¹⁰³ Keith Aoki, «Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-so-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection», (1998) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 11, 19 et 21.

¹⁰⁴ Commission consultative des politiques de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *Déclaration mondiale sur la propriété intellectuelle*, adoptée le 26 juin 2000, art. 8, www.wipo.int/about-wipo/fr/pac/ip_declaration.htm (consulté le 20 septembre 2014).

négociation d'ententes multilatérales, généralement dominée par les États membres, peuvent faire preuve d'une certaine innovation¹⁰⁵.

En 2004, en réaction à certaines suggestions alors effectuées à l'Assemblée Générale de l'OMPI par les économies développées, destinées à mettre à l'agenda de l'OMPI les idées maîtresses des propositions « ADPIC-Plus¹⁰⁶», un bloc de pays émergents mené par l'Argentine et le Brésil, et appuyés en cela par une large coalition d'organisations non gouvernementales, présenta une série de suggestions destinées à mettre la question du développement au centre de son agenda. Sceptique face aux politiques néo-libérales, cette coalition proposa une alternative à l'idée générale ayant toujours guidé l'OMPI, laquelle établit une concomitance entre la forte protection des DPI, d'une part, et le progrès économique et social d'autre part. En dépit du refus des économies développées de voir le mandat de l'OMPI redéfini sur la base du développement, trois ans de tractations parfois ardues permirent d'aboutir au compromis que représente le Plan d'action, adopté formellement en 2007¹⁰⁷.

Sur le plan purement institutionnel, ce processus attesta du rôle nouveau à l'intérieur de la structure de l'OMPI des réseaux collaboratifs et des coalitions d'acteurs non gouvernementaux, dont le statut de simples observateurs non-membres peut occulter l'influence¹⁰⁸. La chose fut manifeste dès septembre 2004, lorsqu'eut lieu à Genève une conférence sur l'avenir de l'organisation et où furent exceptionnellement invités de nombreuses ONG dont le rôle fut central dans l'élaboration de ce qui allait devenir le Plan d'action. Parmi celles-ci, notons la contribution d'organisations apparues dans la foulée de l'émergence des nouvelles technologies et ayant pour mission la défense des libertés civiles

¹⁰⁵ Sisule F. Musungu, «The Role of WIPO's Leadership in the Implementation of WIPO's Development Agenda», in Jeremy de Beer, *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*. Ottawa : The Centre for International Governance Innovation (GIGI) and Wilfrid Laurier Press, 2009. P. 70-71.

¹⁰⁶ Nitya Nanda, «WIPO Patent Agenda: As If TRIPS Was Not Enough», (2004) 39 *Economic and Political Weekly* 4311.

¹⁰⁷ Christopher May, «The World Intellectual Property Organization and the Development Agenda», (2007) 13 *Global Governance* 161, 162-163 ; Pedro de Paranaguà Moniz, *The Development Agenda for WIPO: Another Stillbirth? A Battle Between Access to Knowledge and Enclosure*. Queen Mary and Westfield College, University of London, 2005. P. 38-42 [Mémoire de maîtrise].

¹⁰⁸ Ruth L. Okediji, «Chapter 6. History Lessons for the WIPO Development Agenda», in Neil Weinstock Netanel, *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*. New York and Londres : Oxford University Press, 2009. P. 156.

des usagers d'internet et du domaine public. Basées toutes deux à San Francisco, la *Electronic Frontier Foundation* (EFF), fondée en 1990, et l'*IP Justice*, fondée en 2002, ont depuis exercé un rôle marquant à l'OMPI à titre de membres observateurs. Mentionnons de même la *3D-Trade-Human Rights-Equitable Economy*, basée à Genève, regroupant des professionnels de secteurs commerciaux divers à l'échelle internationale, dont elle coordonne les efforts en matière de respect des droits humains ou des associations représentant les institutions archivistiques telles que la *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA) et la *Electronic Foundation for Libraries* (eIFL.net), sans compter de nombreuses ONG nationales ou régionales bénéficiant elles aussi du statut d'observateurs¹⁰⁹.

Le Plan d'action s'articule autour de deux principes moteurs, soit la nécessité de tenir compte des dimensions de la propriété intellectuelle liée aux politiques publiques (éducation, santé, soutien aux cultures locales) et non seulement celles basées sur les droits privés, de même que le besoin de revitaliser la mission développementale de l'OMPI découlant de son affiliation onusienne. Suivant les recommandations du Plan d'action, l'OMPI doit traduire ces principes dans certains domaines précis : ses programmes d'assistance technique, ses initiatives en matière de création de normes internationales formelles (multilatérales ou bilatérales), le partage des technologies et du savoir (qu'elle doit encourager), les méthodes d'évaluation de ses propres initiatives (qu'elle doit revoir et améliorer) et sa gouvernance (qu'elle doit rendre plus transparente)¹¹⁰.

Quoique plutôt vague si considéré uniquement sous l'angle de ses propositions substantives, le Plan d'action est toutefois significatif par son approche holistique, laquelle consacre bel et bien un changement de paradigme où le caractère développemental de l'OMPI est non seulement réaffirmé mais désormais incontestable, battant en brèche ce qui fut longtemps la position américaine lors des négociations menant à son adoption¹¹¹. D'une

¹⁰⁹ Régulièrement mise à jour, la liste complète des membres observateurs (institutions intergouvernementales et non gouvernementales incluses) et les modalités d'accréditation sont disponibles sur le site de l'OMPI à l'adresse www.wipo.int/members/en/admission/observers.html.

¹¹⁰ J. de Beer, *op. cit. supra*, note 98, p. 6-8.

¹¹¹ Sara Bannerman, «Chapter 2 : The WIPO Development Agenda Forum and Its Prospects for Taking into Account Different Levels of Development», in Jeremy de Beer, *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*. Ottawa : University of Wilfrid Laurier Press/CIGI/IDRC, 2009. P. 25-26.

importance particulière est la Recommandation No. 15 du Plan d'action prévoyant que les futures activités normatives de l'OMPI devront désormais être inclusives, tenir compte des différents degrés de développement, établir un équilibre entre les coûts et bénéfices de chaque mesure et constituer un réel processus participatif tenant compte des autres organismes intergouvernementaux ou non gouvernementaux. La professeure Ruth L. Okediji¹¹² interprète le Plan d'action comme un véritablement amendement à la constitution de l'OMPI, transformant sa nature d'institution consacrée « in the interest of stronger rights into an agency responsible for developing norms that effectuate IP's exceptional commitment to the advancement of the public interest ». De même, ajoute-t-elle, le Plan d'action consacre définitivement la transition d'un modèle formaliste traditionnel à un modèle déployant une palette plus complète et souple d'instruments normatifs. Par l'adoption de son Plan d'action, l'OMPI s'est positionnée comme forum privilégié où pouvaient être portées et discutées les multiples doléances des pays en développement et autres acteurs portant sur les enjeux de propriété intellectuelle. Une grande partie de sa crédibilité future à l'échelle globale dépendra donc de la manière dont le Plan d'action pourra être mis en œuvre.

Le problème auquel fait face ici l'OMPI est que là où, du fait de son incontestable expertise, elle n'a pas eu de difficulté à imposer ses recommandations et son travail s'agissant de certains domaines spécifiques liés à la propriété intellectuelle, sa volonté (ou, du moins, celle de nombre de ses membres) de renouer avec sa mission onusienne et d'investir la sphère du développement économique et social se butte à sa nature idéologique et institutionnelle. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner certains des domaines liés au développement où les appels à une réforme sont plus pressants. L'éducation, dont la relation avec les indicateurs de développement (protection environnementale, résolution de conflits, protection des droits humains, croissance économique) est désormais largement reconnue par la recherche contemporaine et les programmes de développement, incluant ceux de l'ONU, en est un bon exemple¹¹³. Les problématiques sont ici principalement liées à la question du droit d'auteur portant sur le matériel éducatif (livres d'école, recueils

¹¹² R.L. Okediji, *op. cit. supra*, note 108, p. 157.

¹¹³ Andrew Thomson, *Exploring the Relationship Between Higher Education and Development : A Review and Report*. Guerrand-Hermès Foundation for Peace, september 2008. P. 4, www.ghfp.org/Portals/0/documents/Thomson_HEI_Role_Dev.pdf (consulté le 22 novembre 2013).

scolaires), mais aussi, de plus en plus, sur le contenu sur support digital (livres électroniques, notes de cours, présentations disponibles en ligne, incluant films et photographies) présentant un intérêt académique¹¹⁴.

Un autre enjeu, fort apparenté au dernier en raison du rôle qu'y jouent les institutions universitaires, est celui de la recherche scientifique, où la prédominance des économies développées en matière de brevets, couplée à la difficulté d'établir des mécanismes globaux de partage des connaissances consacre un désavantage considérable des États en développement¹¹⁵. C'est peut-être toutefois en matière de santé publique où la recherche d'un équilibre entre droits respectifs des titulaires et usagers de DPI est la plus importante. L'application stricte des droits de brevets pharmaceutiques a eu jusqu'ici, en raison des coûts prohibitifs qu'elle impose sur l'accès aux médicaments, un impact fort néfaste dans certaines régions du monde particulièrement touchées par la pandémie mondiale du virus HIV/SIDA ou par des problèmes chroniques tels que la malaria ou le paludisme, constat qui fut d'ailleurs au moins partiellement reconnu par l'OMC en 2001 par le biais de la « Déclaration de Doha¹¹⁶», où des dérogations au régime général de brevets pharmaceutiques furent prévues après une importante campagne menée par une coalition d'États et d'ONG¹¹⁷. Notons finalement l'enjeu des savoirs traditionnels, jadis regroupés sous le terme générique de « folklore », et dont l'importance fut notamment soulignée dans les débats multiples relatifs à la biodiversité, dans la mesure où nombre d'innovations, par exemple en matière de produits pharmaceutiques, se basent sur des produits et savoirs prenant origine dans les pays en développement, sans pour autant que ceux-ci puissent en jouir des bénéfices.

¹¹⁴ Andrew Rens, «Implementing WIPO's Development Agenda: Treaty Provisions on Minimum Exceptions and Limitations for Education», in Jeremy de Beer, *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*. Ottawa : The Centre for International Governance Innovation (CIGI) and Wilfrid Laurier University Press, 2009. P. 161-166.

¹¹⁵ Isabelle Guarand, «Intellectual Property Rights: How the Developing World is Disadvantaged by Global Government Approaches to Scientific Innovation and Intellectual Property Rights», (2009) 81 *Australian Quarterly* 10, 12.

¹¹⁶ Conférence ministérielle de l'OMC, *Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, Doha, 14 novembre 2001, [www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto/f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm) (consulté le 2 novembre 2013).

¹¹⁷ Peter Drahos, «Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting», (2002) 5 *J. World Intell Prop*, 765, 780- 781.

C'est d'abord face à ces problématiques concrètes que l'application du Plan d'action, dont il faut rappeler qu'il n'est qu'une déclaration de principes, présente un défi considérable, le présent contexte mondial et la multiplicité des acteurs et des intérêts à concilier se trouvant à bloquer toute initiative normative majeure. Ainsi, les objectifs du Plan d'action en matière d'éducation nécessiteraient pour les économies détenant l'essentiel de la propriété intellectuelle, et donc celles ayant aussi le plus investi dans son développement, de généraliser les dispositions législatives de « fair dealing » (ou « traitement équitable »), régime d'exceptions en matière d'éducation généralement prévu par les pays de common law, ou de « fair use » (ou « usage équitable »), concept plus flexible d'origine américaine. Toujours en matière éducative, mais aussi en matière culturelle et scientifique, les objectifs du Plan d'action passent par une extension considérable du domaine public en matière de droit d'auteur. Quant à la santé publique, l'esprit du Plan d'action va logiquement dans le sens d'un accès aux médicaments génériques allant bien au-delà du minimum prévu par la Déclaration de Doha, ou encore, comme l'ébauche initiale du Plan d'action le prévoyait, vers le « global endorsement of widespread free access to digital goods under some concept of international fair use » décrit par l'économiste Keith Maskus¹¹⁸. Le problème demeure toutefois qu'en l'absence d'initiatives indépendantes des membres de l'OMPI pour l'élaboration de nouvelles conventions multilatérales, ce « durcissement » du Plan d'action ne peut être rendu possible que par des amendements aux traités existants¹¹⁹. Or, la chose est improbable compte tenu des coûts immenses engendrés par le piratage aux principaux États détenteurs de DPI (quelques dizaines de milliards de dollars annuellement pour les seuls États-Unis)¹²⁰, faisant que ces derniers ne l'envisageraient vraisemblablement que dans le cadre d'un forum de négociation permettant, comme l'OMC, des concessions multisectorielles¹²¹.

¹¹⁸ Keith E. Maskus, «Chapter 7: The WIPO Development Agenda: A Cautionary Note», in Neil Weinstock Netanel, *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*. New York and Londres : Oxford University Press, 2009. P. 166.

¹¹⁹ A. Rens, *op. cit. supra*, note 114, p. 167-168. L'auteur semble ici favoriser cette solution.

¹²⁰ Stephen E. Slwek, «The True Cost of Copyright Industry Piracy to the U.S. Economy», (2007) 189 *IPI Center for Technology Freedom Policy Report* 14.

¹²¹ Annette Kur, «International Norm-Making in the Field of Intellectual Property: A Shift Towards Maximum Rules?», (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 21, 28-29.

Au moment d'écrire ces lignes, l'impact relativement symbolique du Plan d'action sur les normes internationales confirme le statut de l'OMPI comme tribune moins propice que l'OMC à pouvoir influencer multilatéralement sur les enjeux dépassant la sphère de la propriété intellectuelle proprement dite, mais aussi trop enracinée dans la vocation essentiellement technique qui fut longtemps la sienne pour intégrer rapidement de telles ambitions. Les sceptiques qui, dans la foulée de l'adoption du Plan d'action, critiquaient les ressources humaines beaucoup trop limitées de l'agence, de même que le nombre beaucoup trop restreint de ses instances réellement actives dans la conception stratégique globale, ne semblent pas dénuées de fondement¹²². Cette situation est d'autant plus lourde de conséquences que le temps pourrait jouer contre le Plan d'action si certains de ses signataires venaient à en détourner la finalité en multipliant les engagements parallèles de type « ADPIC-plus » qui, en accroissant de manière continue la zone internationale de common law où s'appliquent des règles de protection maximalistes, rendra son application à toutes fins pratiques impossible. Appréhendée dès l'adoption du Plan d'action par certains observateurs¹²³, cette éventualité est loin d'être une abstraction : l'insatisfaction causée par la reconfiguration du mandat de l'OMPI a, en effet, mené certains États à s'engager dans des négociations en vue d'ententes indépendantes qui renforcent la protection des DPI, tels que l'*Accord commercial anti-contrefaçon* (ACAC)¹²⁴ (signé en 2011, toujours non en vigueur), des accords commerciaux tels que l'*Accord de Partenariat Trans-Pacifique* (TPP)¹²⁵ ou le projet de *Zone de libre-échange transatlantique*¹²⁶ en cours. Quoique ces ententes soient indépendantes de l'OMPI, cette dernière, dans l'application du Plan d'action, demeure prisonnière de la contradiction constitutive qui est la sienne,

¹²² E. Richard Gold and Jean-Frédéric Morin, «From Agenda to Implementation: Working Outside the WIPO Box», in Jeremy de Beer, *Implementing the World Intellectual Property Organization's Development Agenda*. Ottawa : The Centre for International Governance Innovation (CIGI) and Wilfrid Laurier University Press, 2009. P. 57.

¹²³ Tonssira Myriam Sanou, «L'agenda de l'OMPI pour le développement: vers une réforme de la propriété intellectuelle», (2009) 23 *R.I.D.E.* 175, 212-213.

¹²⁴ *Accord commercial anti-contrefaçon*, 1^{er} octobre 2011, trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147938.pdf (consulté le 23 mai 2014).

¹²⁵ *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement*, 3 juin 2005, www.mfat.govt.nz/downloads/trade-agreement/transpacific/main-agreement.pdf (consulté le 23 mai 2014). Le nom et l'acronyme français demeurent largement inutilisés.

¹²⁶ Daniel Gervais, «TRIPs and Development», in Matthew David and Debora Halbert. *SAGE Handbook on Intellectual Property*. London : SAGE, 2013. P. 22-23, works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=daniel_gervais (consulté le 23 mai 2014).

puisque par le biais des ententes multilatérales qu'elle est chargée de superviser, le travail de ses comités permanents et ses programmes d'assistance aux pays en développement, elle continue parallèlement à promouvoir l'harmonisation d'un régime mondial de propriété intellectuelle à des niveaux de protection élevés, volonté difficilement conciliable avec le Plan d'action.

C. Le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP)

À partir de la fin des années 1990, la production de l'OMPI en matière de normativité relative s'enrichit par le nouveau pouvoir dont elle fut investie d'appliquer le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP¹²⁷), lequel représente à maints égards ce que le professeur Peter K. Yu¹²⁸ appelait «a new form of lawmaking», adapté à un contexte post-OMC où s'effacent les «country-based assessments and domestic policymaking as the predominant mode of intellectual property lawmaking». L'administration de l'UDRP illustre bien l'une des interfaces les plus notables des outils de normativité relative en droit international au début du 21^e siècle, soit leur usage en réponse à des besoins spécifiques d'encadrement de domaines particuliers par le biais de modes alternatifs de résolution de conflits. L'UDRP déroge toutefois aux principes établis en la matière, comme nous le verrons.

L'UDRP tire son origine d'une initiative prise à la fin des années 1990 par la Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet (ICANN¹²⁹), une organisation privée à but non lucratif créée par le Département du Commerce des États-Unis et destinée à gérer le système mondial des adresses internet, impliquant l'attribution des domaines de premier niveau, soient les « .com », « .edu », « .gov », « .org », et autres marqueurs de domaines génériques. En réponse à de nombreuses pressions publiques et privées, l'OMPI fut invitée par Washington, où l'influence de l'OMC était alors à la baisse, à soumettre à l'ICANN une proposition de normes devant régir les litiges impliquant le « cybersquattage », c'est-à-dire la pratique consistant à enregistrer et exploiter un nom de

¹²⁷ «Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy», l'acronyme français n'est pas utilisé.

¹²⁸ Peter K. Yu, «Five Disharmonizing Trends in the International Intellectual Property Regime», in Peter K. Yu, *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*. Westport : Praeger Publishers, 2007. P. 89.

¹²⁹ «Internet Corporation for Assigned Names and Numbers», l'acronyme français n'est pas utilisé.

domaine lié à un nom ou une marque de commerce connue soit afin de leurrer des internautes que l'on bombardera ainsi de publicité et/ou d'offres ou encore afin de vendre les droits du domaine « squatté » à ses détenteurs légitimes, en exigeant bien sûr un montant exorbitant. À l'époque, deux solutions s'offraient aux victimes d'une telle pratique : payer le montant demandé par le cybersquatteur ou entreprendre un recours judiciaire dans l'État où était situé le ou les serveur(s) abritant le domaine « squatté », procédure d'autant plus longue et coûteuse que les squatteurs enregistrent souvent non pas un seul mais plusieurs noms liés au nom ou à la marque lésée, causant une multiplication des procédures pour toute partie souhaitant mettre fin à leurs activités¹³⁰.

La proposition présentée par l'OMPI à l'ICANN fut celle d'un système de règlement extrajudiciaire uniforme destiné à contrer les cas de « deliberate, bad faith, abusive, domain name registrations » (le terme « cybersquattage » fut jugé trop flou) et de le limiter au domaine des marques de commerce, laissant de côté les « violations d'autres droits de propriété intellectuelle, tels que les droits de la personnalité¹³¹», contrairement au plan initial qui s'étendait à tout le domaine des DPI. Cette proposition fut adoptée par l'ICANN, menant à la création de l'UDRP, dont les dispositions s'appliquèrent à tout nom de domaine générique de premier niveau à partir du 1^{er} janvier 2000. Au moment présent, outre l'OMPI, quatre autres fournisseurs de services de résolution des litiges en vertu de l'UDRP sont actifs et ont été approuvés par l'ICANN, le dernier ayant été autorisé à entendre des causes à partir du 1^{er} janvier 2014¹³². L'OMPI a toutefois administré la très grande majorité de l'arbitrage basé sur l'UDRP, avec plus de 27 000 décisions rendues (dont 2 484 et 1 843 en 2012 et 2013, respectivement) portant sur plus de 47 000 noms de domaines depuis décembre 1999¹³³.

¹³⁰ Elizabeth C. Woodward, «The UDRP, ADR, and Arbitration: Using Proven Solutions to Address Perceived Problems with the UDRP», (2009) 19 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 1169, 1176-1177.

¹³¹ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *La Gestion des noms et adresses de l'internet : questions de propriété intellectuelle. Rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet*, 30 avril 1999, par. 135 (ii), www.wipo.int/export/sites/www/amc/fr/docs/report.pdf (consulté le 29 septembre 2013).

¹³² Les autres sont le Centre de règlement des litiges concernant les noms de domaine asiatique, le National Arbitration Forum (basé aux États-Unis) et le Centre du tribunal d'arbitrage tchèque pour des litiges d'Internet. Depuis le 1^{er} janvier 2014, le Arab Center for Dispute Resolution est aussi autorisé par l'ICANN.

¹³³ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Activité du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI en 2012, Règlement des litiges relatifs aux noms de domaine*, www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2013/article_0007.html (consulté le 29 septembre 2013).

Au départ, l'administration de l'UDRP fut confiée au Centre d'arbitrage et de médiation (CAM) de l'OMPI, lequel avait été fondé en 1994 en réponse à un intérêt grandissant pour les modes alternatifs de résolution de conflits internationaux en raison de la durée et des coûts des mécanismes judiciaires traditionnels, souvent inadaptés à la pluralité des régimes juridiques et au caractère hyperspécialisé du domaine des DPI¹³⁴, mais aussi à une tendance générale des cours nationales à reconnaître l'autorité des modes alternatifs de résolution de conflits¹³⁵. Initialement, les deux types de services en matière de règlements extrajudiciaires offerts par le CAM étaient la médiation et l'arbitrage. La médiation, particulièrement adaptée aux contextes de disputes survenant dans une relation commerciale en cours, est une procédure purement consensuelle et entièrement soumise au bon vouloir des parties, qui sont maîtresses de l'instance, du droit applicable et peuvent à tout moment s'en retirer. L'arbitrage, pour sa part, consiste à trancher une question litigieuse précise en appliquant une règle de droit donnée, décision qui fera autorité entre les parties impliquées. Dès sa mise sur pied, le CAM intégra dans ses règlements de nombreux développements qui étaient alors les plus récents en matière de modes alternatifs de résolution de conflits, dont l'autonomie complète des parties dans les choix des médiateurs ou arbitres, un système procédural hybride adapté autant aux acteurs issus des traditions civilistes que de common law et la possibilité d'obtenir une procédure d'arbitrage accélérée¹³⁶.

Le départ du CAM fut plutôt lent. Trois ans après sa fondation, le centre n'avait toujours pas été utilisé dans le cadre d'un seul litige, ce qui engendra des critiques sur sa pertinence¹³⁷. Ce n'est qu'au début des années 2000 que le CAM commença à s'imposer en matière de médiation et arbitrage, et la grande majorité des 350 cas jusqu'ici traités l'ont été au cours des années les plus récentes. Cette expérience a toutefois suffi à asseoir l'autorité du CAM, désormais reconnu comme un modèle dans le domaine du droit

¹³⁴ Camille A. Laturno, «International Arbitration of the Creative: A Look at the World Intellectual Property Organization's New Arbitration Rules», (1996) 9 *Transnat'l Law* 357, 369-370.

¹³⁵ *Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985). Ici, la Cour suprême des États-Unis manifesta sa préférence pour l'arbitrage en matière de litige commercial international.

¹³⁶ Francis Gurry, «The Dispute Resolution Services of the World Intellectual Property Organization», (1999) 2 *J. Int'l Econ. L.* 385, 393-394.

¹³⁷ Ronald Bernstein, Derek Wood, John Tackaberry *et al.*, *Handbook of Arbitration Practice*. 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1998. P. 547.

international privé en matière de propriété intellectuelle, particulièrement en matière de brevets. Des accords de transaction ont ainsi été respectivement conclus dans 69% et 60% des cas de médiation et d'arbitrage¹³⁸. L'un des principaux avantages du CAM est que, contrairement aux autres instances actives en matière de modes alternatifs de résolution de litiges telles que la Chambre de commerce internationale ou la London Court of International Arbitration, le CAM est la seule qui soit réellement internationale *et* experte en matière de DPI¹³⁹.

Les règles de l'UDRP échappent toutefois à maints égards aux règles traditionnelles de l'arbitrage. En vertu de l'UDRP, un plaignant peut ainsi saisir le CAM et réclamer le transfert ou l'annulation par l'ICANN de l'enregistrement d'un nom de domaine si ce dernier est identique ou crée confusion avec une marque de commerce déposée ou encore dans les cas où le détenteur du domaine est clairement de mauvaise foi et/ou n'a aucun intérêt légitime dans le nom utilisé. Si ce dernier ne fait pas défaut de soumettre une réponse à la plainte dans les délais requis, un panel formé d'un ou trois experts rendra une décision sur la propriété du domaine. Toute partie peut entreprendre un recours parallèle devant une cour nationale alors que la cause est pendante. Si un tel recours n'est pas entrepris dans un délai de dix jours après que le CAM ait ordonné le transfert ou la suppression d'un domaine, l'ICANN exécutera la décision¹⁴⁰.

Dès ses premières années, certains spécialistes du domaine furent frappés par l'hybridité de l'UDRP¹⁴¹. Si l'ICANN joue un rôle quasi-gouvernemental dans son administration de l'internet, l'application de l'UDRP demeure singulièrement basée sur des règles de droit contractuel privé, d'où la possibilité qui fut préservée de saisir des cours

¹³⁸ Aperçu du nombre de procédures ADR administrées par l'OMPI www.wipo.int/amc/fr/center/caseload.html (consulté le 18 octobre 2013). Wei-Hua Wu, «International Arbitration of Patent Disputes», (2010-2011) 10 *J. Marshall Rev. Intell Prop. L.* 384, 386.

¹³⁹ Robert T. Smit, «General Commentary on the WIPO Arbitration Rules, Recommended Clauses, General Provisions (Articles 1 to 5; Articles 39 and 40) and the WIPO Expedited Arbitration Rules (In Toto)», in Hans Smit, *WIPO Arbitration Rules: Commentary and Analysis*. New York : Juris Publishing, 2000. P. 7-10.

¹⁴⁰ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (approuvé le 24 octobre 1999), archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm (consulté le 29 septembre 2013).

¹⁴¹ Graeme B. Dinwoodie, «A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms», (2000) 2 *Univ. of Pennsylvania L. Rev.* 469, 524-525; Ian L. Stewart, «Note The Best Laid Plans: How Unrestrained Arbitration Decisions Have Corrupted the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy», (2001) 53 *Fed Comm. L.J.* 509, 522 et 524.

judiciaires nationales pour résoudre les litiges. On souligne aussi le rôle des panélistes appliquant l'UDRP : à leur fonction primaire d'arbitrage extrajudiciaire s'ajoute une dimension administrative, dans la mesure où l'UDRP ne fait que les investir théoriquement d'un pouvoir non discrétionnaire à appliquer un règlement par le biais de décisions rapides et d'une certaine manière révisables devant une autorité judiciaire. D'autre part, de nombreux éléments suggèrent un dispositif judiciaire ou quasi-judiciaire. C'est le cas de la publication des décisions, allant à l'encontre du traditionnel anonymat de l'arbitrage, dont le but avoué est ici de développer une jurisprudence internationale ou la marge de manœuvre très concrète, et par ailleurs souvent critiquée, dont les panélistes disposent dans l'appréciation des circonstances de chaque cas, ainsi que les remèdes qu'ils peuvent proposer pour régler le litige.

En principe, les décisions du CAM de l'OMPI et autres instances appliquant l'UDRP ne produisent en principe que de la « soft law ». Toutefois, celle-ci se retrouve considérablement « endurcie » par de nombreux facteurs, au premier chef desquels se trouve le nombre infime de cas où les décisions des panels de l'UDRP débouchent sur des recours judiciaires. Certes, rapidement après l'entrée en vigueur du système, les tribunaux des États-Unis confirmèrent avoir compétence pour juger sur les noms de domaines et réviser les décisions d'un panel de l'UDRP¹⁴². Toutefois, après seulement trois ans d'exploitation, à peine 1% des décisions basées sur l'UDRP avaient fait l'objet d'une demande de révision auprès d'une cour nationale, indiquant clairement que le système, qui ne devait au départ que suppléer et non supplanter le travail des cours nationales, s'avérait dans les faits beaucoup plus autonome et contraignant qu'initialement annoncé¹⁴³. Bien que le seul site web qui comptabilisait les cas de recours en révision devant les cours nationales ait malheureusement été fermé, leur nombre est probablement demeuré infime. La règle fixant à dix jours seulement le délai pendant lequel une partie peut demander révision d'une décision devant une cour nationale avant transfert ou annulation d'un domaine par l'ICANN fait dire à certains que si les décisions basées sur l'UDRP ne sont pas contraignantes par la loi, elles le sont souvent par le simple fait de la technologie, d'autant

¹⁴² *Sallen v. Corinthians Licenciamentos LTDA*, 273 F.3d 14 ; *Parisi v. Netlearning, Inc.*, 139 F. Supp. 2d. 745, 752.

¹⁴³ Laurence R. Helfer, «Whither the UDRP: Autonomous, Americanized, or Cosmopolitan?», (2003) 12 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 493, 495.

plus que les cours nationales font montre d'un degré élevé de déférence à leur égard¹⁴⁴. Le « durcissement » normatif de l'UDRP se voit par ailleurs dans la manière dont il fut appliqué par analogie par les cours dans divers pays, ou encore incorporé dans des lois nationales, et la promotion réussie de l'OMPI pour que ses dispositions s'étendent aux domaines internet non génériques¹⁴⁵.

La multiplication des mécanismes extrajudiciaires est parfois saluée par une certaine doctrine qui y voit principe de saine compétition forçant les instances adjudicatives concurrentes à un dynamisme et un sain dialogue inter-juridique¹⁴⁶. L'exemple de l'UDRP échappe toutefois de façon marquée à ce paradigme de par sa nature plutôt exceptionnelle où un régime appliquant des règles procédurales et substantives privées fut l'aboutissement d'une stratégie étatique, bien que son élaboration proprement dite se soit faite hors des canaux intergouvernementaux traditionnels. L'OMPI a ici agi à l'initiative d'un État (les États-Unis) afin d'élaborer des normes qui allaient être adoptées non pas par d'autres États dans un cadre conventionnel, mais bien par une nouvelle entité privée, l'ICANN, qui, via son contrôle sur le système des domaines internet et son lien avec l'État fédéral américain, a le pouvoir « to implement the WIPO proposals without further consultation with or approval by any of the many affected national governments », tel que le notent Helfer et Dinwoodie¹⁴⁷. À cet égard, l'UDRP ne procède nullement d'une dynamique de décentralisation qui contribuerait à l'émergence d'un pluralisme juridique et d'un ordre international moins hiérarchisé; bien au contraire, il s'inscrit dans la tendance qui vit au cours des dernières décennies certains États détenant un appréciable pouvoir géopolitique et économique user du processus de fragmentation du droit international pour reconfigurer ce dernier à leur avantage. Dans cette optique, soulignent les auteurs Schaffer et Pollack¹⁴⁸, la multiplicité des instances adjudicatives facilite la capacité de certains États et autres

¹⁴⁴ Gabrielle Kaufmann-Kohler and Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. Frederick: Aspen Publishers, 2004. P. 39; David E. Sorkin, «Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions», (2002) 18 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 35, 44-46.

¹⁴⁵ Peter K. Yu, «Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime», (2004) 38 *Loy. L.A. L. Rev.* 323, 404.

¹⁴⁶ William W. Burke-White, «International Legal Pluralism», (2004) 25 *Mich. J. Int'l L.* 969, 967.

¹⁴⁷ Laurence R. Helfer and Graeme B. Dinwoodie, *loc. cit. supra*, note 24, 167.

¹⁴⁸ Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, «Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance», (2007) 94 *Minn. L. Rev.* 706, 739.

acteurs «to employ hard and soft law strategically, using soft-law provisions to undermine existing hard law or creating hard-law provisions to trump existing soft law».

Bien évidemment, il serait exagéré d'affirmer que l'apparition de nouvelles instances adjudicatives est orchestrée par certains gouvernements soucieux d'y faire avancer leurs intérêts, alors qu'il existe de nombreux contre-exemples de cas où les États en développement s'en prévalent et qu'elle procède essentiellement d'une évolution indépendante des acteurs publics¹⁴⁹. Toutefois, dans la mesure où l'UDRP résulte du souhait des États-Unis de pouvoir encadrer d'une manière précise l'usage d'internet, et compte tenu du caractère relativement contraignant de ses décisions, il est fort intéressant de noter que son élaboration coïncida avec la politique alors adoptée par le gouvernement américain d'user de l'expertise universellement reconnue de l'OMPI en matière de DPI pour élaborer des règles de « soft law » dont l'influence peut contrebalancer les carences du processus conventionnel traditionnel. De même, il n'est pas inutile de souligner que le système de l'UDRP, du moins tel qu'appliqué jusqu'ici par l'OMPI, présente des éléments qui favorisent les parties provenant des États-Unis. C'est de cet État que vient une pluralité de plaintes (32% en 2012 et plus de 40% en 2013), détail non négligeable considérant le fait qu'une proportion écrasante de litiges jugés à l'OMPI depuis 2000 (plus de 85%) l'ont été à la satisfaction de la partie demanderesse¹⁵⁰. De même, comme une récente étude l'a démontré, bien davantage que les autres instances internationales appliquant l'UDRP, le CAM applique des règles de droit américaines, largement influencées par la législation anti-cybersquattage des États-Unis et favorise les parties américaines dans ses décisions.

Quoique ces détails ne semblent pas jusqu'ici avoir influé sur la fréquence à laquelle l'OMPI fut saisie de litiges d'UDRP, ils pourraient éventuellement causer une perte de confiance dans le système des gouvernements et entreprises, de même qu'ils pourraient « alienate Internet users who expect certain speech protections, but do not receive them because of the U.S./non-U.S. dichotomy », comme le souligne le professeur David A.

¹⁴⁹ Michael Zürn and Benjamin Faude, «On Fragmentation, Differentiation, and Coordination», (2013) 13 *Glob. Environ Polit.* 119, 125-126.

¹⁵⁰ Anonyme, «UDRP cases at WIPO hit record high», *World Intellectual Property Review*, 2 juillet 2013, www.worldipreview.com/news/udrp-cases-at-wipo-hit-record-high (consulté le 25 mai 2014).

Simon¹⁵¹. Considérant l'importance de la gestion de l'UDRP pour le fonctionnement de l'internet, ces éléments d'apparence technique demeurent importants pour la crédibilité et l'avenir du CAM dans un contexte où l'offre mondiale, en termes d'instances extrajudiciaires, semble se diversifier. Dans le but de demeurer le standard international en résolution de litiges sur l'usurpation de noms de domaines, l'UDRP pourrait ainsi faire l'objet de certains ajustements procéduraux et substantifs qui pourraient la rendre moins susceptible de voir sa partialité questionnée. Par ailleurs, d'aucuns notent une certaine incohérence dans les décisions des instances appliquant l'UDRP (incluant le CAM), résultant à la fois de la diversité des panélistes y œuvrant, mais aussi de celle des règles de droit applicables, qui peuvent varier selon les circonstances et selon des règles plutôt byzantines qui auraient avantage à être uniformisées ou à tout le moins clarifiées¹⁵².

CONCLUSION

Il est aisé de constater que les changements ayant affecté l'organisation et la gestion du régime international de propriété intellectuelle (et à travers elles, l'OMPI) furent plus que substantiels au cours des deux dernières décennies. Comme l'a noté à juste titre Dinwoodie, la question centrale au début des années 1990 était de savoir quelle organisation, de l'OMPI ou de l'OMC, allait éventuellement dominer le régime international de propriété intellectuelle. Or, la réalité d'aujourd'hui apporte une réponse autrement plus complexe : les deux organisations subsistent, chacune ayant ses activités propres. Elles doivent toutefois coexister avec des acteurs dont la multitude n'était pas alors appréhendée : cours nationales développant présentement un droit international privé de la propriété intellectuelle; instances extrajudiciaires; réseaux d'organisations non gouvernementales; entreprises multinationales; et les individus eux-mêmes, dont les nouvelles technologies multiplient les possibilités d'émettre et recevoir de l'information¹⁵³. Sans nul doute, même en l'absence de l'OMC, la refonte majeure de son fonctionnement à

¹⁵¹ David A. Simon, «An Empirical Analysis of Fair Use Decisions Under the Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy», (2012) 53 *B.C.L. Rev.* 65, 109-110.

¹⁵² Constat déjà fait il y a une décennie. Lisa M. Sharrock, «The Future of Domain Name Dispute Resolution: Crafting Practical International Legal Solutions from within the UDRP Framework», (2001) 51 *Duke L. J.* 817, 831.

¹⁵³ Graeme B. Dinwoodie, «The International Intellectual Property Law System: New Actors, New Institutions, New Sources», (2006) 10 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 2, 205-206.

laquelle fut contrainte l'OMPI aurait été inévitable, l'organisation ayant été conçue et adaptée à un contexte international où primait le modèle de l'État-nation, dont les prérogatives en matière de propriété intellectuelle, tout comme dans les autres domaines, ont considérablement été érodées au cours des dernières années¹⁵⁴.

Il demeure que l'OMPI a su reconcevoir sa contribution normative au régime international de propriété intellectuelle non sans une certaine efficacité. Par les traités de l'internet de 1996, qui permirent à l'organisation de demeurer un acteur central, du moins relativement aux aspects techniques de la propriété intellectuelle, ce processus prit initialement la forme d'ententes multilatérales qui, en réponse tant à une recherche de solutions légales expéditives qu'à un désir de représenter la nouvelle diversité des acteurs internationaux, innovèrent dans la manière dont elles furent concrétisés. Puis, l'OMPI déploya à travers ses initiatives de « soft law » ce que Dinwoodie¹⁵⁵ qualifie de « new law making processes designed to enable quicker reactions to new social and technological developments ». Quoique relativement récentes, nombre d'initiatives s'inscrivant dans cette optique n'en ont pas moins été efficaces, du moins celles par lesquelles l'OMPI put mettre à contribution sa spécialisation reconnue en matière de DPI.

Pour leur part, les initiatives destinées à lier plus clairement l'OMPI à son affiliation onusienne et dont les ambitions vont au-delà des enjeux liés à la propriété intellectuelle proprement dite seront plus difficiles à concrétiser tant et aussi longtemps que l'OMPI n'aura pas défini plus clairement la manière dont sa vocation constitutive est compatible avec les impératifs de développement. Le Plan d'action adopté en 2007 est certes significatif : il est l'incarnation des nouvelles luttes de pouvoir à l'intérieur de l'OMPI et fournit une tribune à une volonté bien authentique et légitime de voir l'ensemble des acteurs publics et privés du régime international de propriété intellectuelle reconnaître la manière dont ce dernier touche désormais presque tous les aspects de la vie sociale, économique et culturelle. Quoique constituant plus que jamais un domaine hyperspécialisé, la propriété intellectuelle ne peut plus de nos jours être abordée indépendamment des enjeux fondamentaux auxquels elle est liée. Là où la notion d'« intérêt public » en matière

¹⁵⁴ Paul E. Geller, «From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux», (1998) 9 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 69, 70- 71.

¹⁵⁵ G. B. Dinwoodie, *op. cit. supra*, note 62, p. 80.

de DPI n'était jadis formulée qu'en termes d'accessibilité aux produits et œuvres faisant l'objet de la protection, elle est désormais une partie constitutive du but recherché par la propriété intellectuelle, soit l'idée d'un système protégeant et récompensant les innovations artistiques et technologiques, encourageant le développement de produits de qualité, tout en permettant au public de tous les pays de jouir des bénéfices. Une fois énoncé ce principe fort simple, qui se retrouve d'ailleurs aujourd'hui dans l'ensemble de la législation nationale et internationale en matière de DPI via la notion précitée « d'équilibre », demeure toutefois l'extrême complexité de sa mise en application, qui se butte à la diversité des intérêts en place.

L'avenir de l'OMPI sera déterminé par la manière dont elle saura s'adapter à ce qui apparaît déjà comme étant les principales tendances des prochaines décennies en matière de DPI. La demande pour les formes existantes de propriété intellectuelle ne cessera vraisemblablement pas d'augmenter : il suffit pour s'en convaincre de considérer les 8,6 millions de brevets présentement en vigueur, ou encore les 24 millions de marques de commerce enregistrées à travers le monde, en constante augmentation malgré le ralentissement économique mondial amorcé en 2007-2008¹⁵⁶. Parallèlement, la « démocratisation » sans précédent de la propriété intellectuelle, où les nouvelles technologies confèrent aux individus des possibilités en matière d'accès et de diffusion qui demeurent pour l'instant difficiles à cerner ou circonscrire, posent aux gouvernements, organisations et personnes morales un immense défi en matière de sécurité et/ou transparence qui sera l'un des faits marquants des prochaines décennies. Enfin, tant en réponse à des impératifs commerciaux que dans une volonté de donner suite aux revendications soutenues en faveur d'une accessibilité accrue et d'un desserrement des niveaux de protection, de nouveaux modèles d'affaire émergeront, tels que présentement illustré dans de nombreux domaines (musique, cinéma, informatique ou médias d'information) par l'apparition de pratiques par lesquelles une partie des œuvres et produits est rendue accessible en ligne. Ces décisions changent progressivement la manière dont sont conçues les notions mêmes de distribution et de commercialisation de la propriété

¹⁵⁶ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *2013 World Intellectual Property Indicators*, p. 7-10, www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/941/wipo_pub_941_2013.pdf (consulté le 29 septembre 2013).

intellectuelle. C'est dans la manière dont elle saura articuler les notions, désormais inévitables, d'« équilibre » et d'« intérêt public » dans un tel contexte, et la manière dont sa contribution normative au régime international de propriété intellectuelle pourra continuer à faire preuve de flexibilité, que l'OMPI pourra relever les défis qui seront les siens au cours de ce siècle.

ANNEXE : traités de l'OMPI, par ordre de date d'adoption

À jour au 27 mai 2014

Disponible en ligne : www.wipo.int/treaties/fr/

Note : l'absence de parties contractantes signifie que le traité n'est pas encore en vigueur

Nom	Date d'adoption	Parties contractantes
<i>Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle</i>	20 mars 1883	175
<i>Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques</i>	9 septembre 1886	167
<i>Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits</i>	14 avril 1891	36
<i>Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques</i>	14 avril 1891	56
<i>Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels</i>	6 novembre 1925	62
<i>Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques</i>	15 juin 1957	84
<i>Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international</i>	31 octobre 1958	28
<i>Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion</i>	26 octobre 1961	92
<i>Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle</i>	14 juillet 1967	187
<i>Arrangement de Locarno instituant une classification internationale</i>	8 octobre 1968	53

<i>pour les dessins et modèles industriels</i>		
<i>Traité de coopération en matière de brevets (PCT)</i>	19 juin 1970	148
<i>Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets</i>	24 mars 1971	62
<i>Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes</i>	29 octobre 1971	78
<i>Arrangement de Vienne instituant une classification internationale des éléments figuratifs des marques</i>	12 juin 1973	32
<i>Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite</i>	21 mai 1974	37
<i>Traité de Nairobi concernant la protection du symbole olympique</i>	26 septembre 1981	50
<i>Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets</i>	28 avril 1977	79
<i>Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques</i>	27 juin 1989	91
<i>Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés</i>	26 mai 1989	-
<i>Traité sur le droit des marques</i>	27 octobre 1994	53
<i>Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur</i>	20 décembre 1996	92

<i>Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes</i>	20 décembre 1996	93
<i>Traité sur le droit des brevets</i>	1er juin 2000	36
<i>Traité de Singapour sur le droit des marques</i>	27 mars 2006	36
<i>Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles</i>	24 juin 2012	-
<i>Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées</i>	27 juin 2013	-