



# REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Vers un droit international économique transatlantique  
Towards a Transatlantic International Economic Law

Sous la direction d'Hervé Agbodjan Prince

## Liste des auteurs

Hervé Agbodjan Prince

Philippe Musquar

Nanette Neuwahl

Pierre Larouche

Ysolde Gendreau

Francesca Romanin Jacur

Anaïs Contat

Martine Valois

Lucia Bellucci



# Table des matières

|  |            |
|--|------------|
| <b>Rekindling the Spirit of Washington and Brussels:<br/>Introductory Remarks on the Emergence of Transatlantic<br/>International Economic Law .....</b>                           | <b>309</b> |
| Hervé AGBODJAN PRINCE  |            |
| <b>L'accès au marché des marchandises dans le cadre de l'AECG<br/>comme élément constitutif d'un futur espace commercial<br/>transatlantique .....</b>                             | <b>313</b> |
| Philippe MUSQUAR   |            |
| <b>Services in Transatlantic Trade Deals : Potential for Progress<br/>after 2020? .....</b>  | <b>361</b> |
| Nanette NEUWAHL  |            |
| <b>Droit de la concurrence : l'Accord économique et commercial<br/>global et son contexte .....</b>  | <b>389</b> |
| Pierre LAROUCHE  |            |
| <b>Les normes de propriété intellectuelle dans l'AECG : une étape<br/>importante pour le Canada.....</b>   | <b>429</b> |
| Ysolde GENDREAU  |            |
| <b>Environmental Protection in Trans-Atlantic (CETA) and<br/>North-Atlantic (USMCA) Megaregional Agreements:<br/>Towards Greater Integration and Regulatory Convergence.....</b>   | <b>457</b> |
| Francesca ROMANIN JACUR  |            |
| <b>L'Accord économique et commercial global : un pas vers<br/>l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration .....</b>  | <b>503</b> |
| Anaïs CONTAT et Martine VALOIS   |            |
| <b>Beyond a Transatlantic Trade Law of Cultural Diversity<br/>Towards Inclusive Capitalism : New Narratives for Post-COVID<br/>Sustainability in light of CETA and CUSMA .....</b> | <b>545</b> |
| Lucia BELLUCCI   |            |
| <b>Application provisoire : la variable d'ajustement de la mise<br/>en œuvre des traités commerciaux transatlantiques.....</b>   | <b>587</b> |
| Hervé AGBODJAN PRINCE  |            |

# Les normes de propriété intellectuelle dans l'AECG : une étape importante pour le Canada

Ysolde GENDREAU\*

**Intellectual Property Norms in the CETA : An Important Step for Canada**

**Las normas de propiedad intelectual en el CETA : un paso importante para Canadá**

**As normas de propriedade intelectual no AECG : uma etapa importante para o Canadá**

加欧综合经济与贸易协定》中的知识产权规范：加拿大的重要一步

---

## Résumé

L'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, signé en 2016 et partiellement entré en vigueur en 2017, contient, comme la plupart des accords commerciaux contemporains, un chapitre entier consacré à la propriété intellectuelle. Une analyse des règles normatives faisant partie du chapitre 20 de l'AECG permet de dégager l'importance que les parties accordent aux droits principaux qui composent ce secteur du droit. De plus, si

## Abstract

Like most trade agreements nowadays, the *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) between Canada and the European Union, which was signed in 2016 and partly came into force in 2017, includes an entire chapter on intellectual property. An analysis of the normative rules in Chapter 20 of CETA leads to an awareness of the importance that the parties have given to the main intellectual property rights on this occasion. Moreover, when it is read from a

---

\* Professeure titulaire, Faculté de droit; chercheure au Centre de droit des affaires et du commerce international; chercheure au Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. L'auteure désire remercier son collègue, le professeur Hervé Prince, de lui avoir donné l'occasion de travailler sur ce thème lors de prestations pour l'école d'été *Droit et commerce bilatéral: Amérique du Nord et Europe* qu'il a dirigée pendant plusieurs années.

l'on examine l'accord du seul point de vue canadien, il devient possible d'apprécier comment sa négociation des droits de propriété intellectuelle s'inscrit dans la ronde des accords commerciaux que le Canada négociait à l'époque avec d'autres partenaires commerciaux.

## Resumen

El Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), más conocido como CETA por sus siglas en inglés, celebrado entre Canadá y la Unión Europea, se firmó en 2016 y entró parcialmente en vigor en 2017; este contiene, como la mayoría de los acuerdos comerciales contemporáneos, un capítulo completo dedicado a la propiedad intelectual. Un análisis de las reglas normativas que forman parte del capítulo 20 del CETA revela la importancia que las partes otorgan a los principales derechos que conforman esta área jurídica. Además, si examinamos el Acuerdo solo desde una perspectiva canadiense, es posible apreciar cómo la negociación de derechos de propiedad intelectual forma parte de la tanda de acuerdos comerciales que Canadá estaba negociando en ese momento con otros socios comerciales.

strictly Canadian perspective, the Agreement provides an opportunity to appreciate how it is part of a broader trade negotiation strategy for intellectual property rights by Canada.

## Resumo

O Acordo Econômico e Comercial Global (AECG) entre o Canadá e a União Europeia, assinado em 2016, que entrou em vigor parcialmente em 2017, contém, como a maioria dos acordos comerciais contemporâneos, um capítulo inteiro consagrado à propriedade intelectual. Uma análise das regras normativas que fazem parte do capítulo 20 do AECG permite lançar luz sobre a importância que as partes atribuem aos direitos principais que compõem este setor do direito. Ademais, se examinamos o acordo apenas do ponto de vista canadense, é possível apreciar como sua negociação dos direitos de propriedade intelectual se inscreve na rodada de acordos comerciais que o Canadá negociava à época com outros parceiros comerciais.

## 摘要

2016年签订、2017年部分生效的《加欧综合经济与贸易协定》(CETA)和大多数当代贸易协定一样,含有专门规定知识产权的完整一章。分析CETA第20章的规范性规则可看出协定双方十分重视构成知识产权法的主要权利。此外,如果仅从加拿大视角审视协定,可以评估它如何构成加拿大针对知识产权权利的贸易谈判更为宏观策略的一部分。

## Plan de l'article

|  |     |
|--|-----|
| <b>Introduction</b> .....  | 433 |
| <b>I. Le droit des brevets</b> .....                                   | 436 |
| <b>II. Le droit des marques et des indications géographiques</b> ..... | 439 |
| <b>III. Le droit d'auteur et les droits connexes</b> .....             | 442 |
| <b>IV. Une contextualisation</b> .....                                 | 447 |
| <b>Conclusion</b> .....  | 454 |



Les fondements des relations internationales en matière de propriété intellectuelle ont été posés vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle lors de la conclusion de deux conventions : la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*<sup>1</sup>, en 1883, et la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*<sup>2</sup>, en 1886. Au fil du temps, ces deux conventions ont connu des révisions qui visaient toujours à maintenir leur pertinence au sein d'un corpus d'instruments internationaux qui n'a cessé de s'accroître afin d'améliorer l'efficacité internationale de la propriété intellectuelle<sup>3</sup>. Ces avancées ont culminé avec la Conférence de Stockholm de 1967<sup>4</sup> au cours de laquelle les deux conventions étaient examinées. Un des faits marquants de cette conférence a été la transformation des Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, les BIRPI, en l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'OMPI<sup>5</sup>.

Jusqu'alors, et encore à certaines occasions aujourd'hui, ces développements se sont produits dans l'univers clos de la propriété intellectuelle. Depuis les années 1980, cependant, est apparu un nouvel environnement dans lequel les aspects internationaux de la propriété intellectuelle sont négociés : les accords commerciaux entre pays. Le Canada a été aux toutes premières loges de ce phénomène avec l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*<sup>6</sup>, qui a été conclu en 1987, dont l'article 2004 prévoit que « [l]es Parties coopéreront aux négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round et aux travaux de toute autre instance internationale afin d'améliorer la protection de la propriété intellectuelle ».

---

<sup>1</sup> *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883 (version révisée du 28 septembre 1979), en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/287558>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Convention de Paris »).

<sup>2</sup> *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 24 juillet 1971 (version révisée du 28 septembre 1979), en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/283695>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Convention de Berne »).

<sup>3</sup> L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) administre actuellement 26 traités internationaux : ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, « Traités administrés par l'OMPI », en ligne : <<https://www.wipo.int/treaties/fr/>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>4</sup> *Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, 16 juin 1972, en ligne : <<https://www.un.org/fr/conferences/environnement/stockholm1972>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>5</sup> Voir Henri DESBOIS, « La Conférence de Stockholm relative aux droits intellectuels », (1967) 13 *Annuaire français de droit international* 7.

<sup>6</sup> *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 4 octobre 1987, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusfta-f.pdf>> (consulté le 12 juillet 2021).

Les négociations qui sont ici évoquées avaient débuté en septembre 1986 avec la *Déclaration de Punta del Este*<sup>7</sup> en Uruguay. Elles ont abouti, en 1994, sur l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*<sup>8</sup>, accord dans lequel on trouve l'Annexe 1C correspondant à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC)<sup>9</sup>.

L'ADPIC marque un temps fort dans l'évolution de la propriété intellectuelle internationale. Son inclusion dans l'Accord de l'OMC était recherchée – surtout par les États-Unis – parce qu'elle permettait que des différends entre les États portant sur des questions de propriété intellectuelle soient soumis au mécanisme de règlement des différends de cet accord commercial plutôt qu'à la Cour internationale de justice dont les décisions ne sont associées à aucun moyen coercitif. Par ailleurs, l'introduction de la propriété intellectuelle dans des négociations commerciales internationales signifiait que les normes recherchées pouvaient être échangées contre des concessions dans d'autres secteurs d'activités au lieu de faire l'objet d'un calibrage dans le seul environnement de la propriété intellectuelle.

La recherche d'un cadre réglementaire international en matière de propriété intellectuelle n'a pas pris fin avec l'ADPIC, bien au contraire. D'autres instruments ont été élaborés, tant sous l'égide de l'OMPI, c'est-à-dire dans l'univers clos de la propriété intellectuelle, qu'à l'occasion d'accords commerciaux régionaux ou bilatéraux. D'ailleurs, en même temps que se négociait l'ADPIC s'établissait en 1992 l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>10</sup> (ALENA) entre le Canada, les États-Unis, et le Mexique qui contenait lui aussi un chapitre sur la propriété intellectuelle, une suite

<sup>7</sup> *Déclaration de Punta del Este*, 20 septembre 1986, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en ligne : <[http://www.sice.oas.org/trade/punta\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/trade/punta_e.asp)> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>8</sup> *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, (1996) R.T.N.U 104 (n° 31874), en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201915/volume-1915-I-31874-French.pdf>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Accord de l'OMC »).

<sup>9</sup> Cet accord est aussi souvent connu en français sous son acronyme anglais TRIPS, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

<sup>10</sup> *Accord de libre-échange nord-américain*, 1<sup>er</sup> janvier 1994, [1994] R.T.Can. n° 2, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).



logique à l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis de 1987. Trois éléments de cet accord bipartite correspondent en outre à des signes avant-coureurs de l'importance de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux. D'abord, sa négociation n'a pu s'amorcer qu'à la condition que le Canada élimine son régime de licences obligatoires pour les brevets portant sur les médicaments, un régime qui permettait à toute entreprise pharmaceutique « générique » de fabriquer des médicaments brevetés dès l'octroi du brevet moyennant une redevance jugée faible<sup>11</sup>. Ensuite, le pays le plus « faible » en la matière, c'est-à-dire le Canada, s'est engagé à introduire un droit de retransmission dans sa *Loi sur le droit d'auteur*<sup>12</sup>. Enfin, il ne faut pas oublier l'engagement déjà évoqué des parties à négocier l'Accord de l'OMC.

L'*Accord économique et commercial global*<sup>13</sup> (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, signé en 2016 et partiellement entré en vigueur en 2017, s'inscrit dans cette mouvance. Plus de 20 ans après l'ADPIC, force est de constater qu'il est difficile de le faire évoluer. Le seul événement d'envergure demeure la *Déclaration ministérielle de Doha* adoptée le 14 novembre 2001 qui concerne divers sujets controversés dont l'épineuse question des brevets de produits pharmaceutiques en contexte de crise de santé publique<sup>14</sup>. Les accords régionaux et bilatéraux, pour leur part, offrent l'occasion de cibler des règles plus précises pour promouvoir les intérêts des parties, incluant celles relatives à la propriété intellectuelle<sup>15</sup>. L'analyse des

<sup>11</sup> Sur ce sujet, voir Mélanie BOURASSA FORCIER et Jean-Frédéric MORIN, « Canadian Pharmaceutical Patent Policy: International Constraints and Domestic Priorities » dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm – Perspectives from Canada*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, p. 81.

<sup>12</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42. Voir Ysolde GENDREAU, « A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last », (1988-1989) 4 *Intellectual Property Journal* 397.

<sup>13</sup> *Accord économique et commercial global*, Canada/Union européenne, 30 octobre 2016, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>14</sup> OMC, Conférence ministérielle (Doha, 2001), *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001), en ligne : <[https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min01\\_f/mindecl\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.pdf)> (consulté le 12 juillet 2021). Sur ce sujet, voir Daniel GERVAIS, *L'Accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010, aux p. 65-150.

<sup>15</sup> Pour une analyse critique de ce phénomène appliquée à une région géographique particulière, voir Jean-Frédéric MORIN et Madison CARTWRIGHT, « The US and EU's

dispositions clés en cette matière de l'AECG devrait permettre d'identifier les secteurs que chaque partie considère prioritaires dans ses relations internationales. Elle permet aussi d'évaluer à quel point les droits nationaux ont besoin d'être modifiés pour être en phase avec un certain consensus international que ces accords veulent refléter.

## I. Le droit des brevets

Le droit des brevets est un domaine sensible de la propriété intellectuelle quand vient le temps pour le Canada de négocier des accords commerciaux internationaux qui incluent ce secteur normatif. Déjà quand il était question d'envisager un accord de libre-échange avec les États-Unis dans les années 1980, la modification du régime canadien des brevets portant sur des produits pharmaceutiques était une condition préalable à la négociation dudit accord. Les États-Unis voulaient que le Canada élimine son régime de licences obligatoires pour les brevets portant sur les médicaments, un régime qui permettait à toute entreprise pharmaceutique « générique » de fabriquer des médicaments brevetés dès l'octroi du brevet moyennant une redevance jugée faible. Puis, dès les débuts de la mise en œuvre de l'ADPIC, deux plaintes ont été déposées contre le Canada – une par les États-Unis et l'autre par l'Union européenne – parce que des dispositions de sa *Loi sur les brevets*<sup>16</sup> – l'une concernant la durée de protection et l'autre représentant deux exceptions propres au domaine pharmaceutique – étaient considérées non conformes à l'Accord<sup>17</sup>. Dans les deux cas, le Canada a dû modifier sa loi à la suite des décisions des panels<sup>18</sup>.

Il n'est donc pas surprenant de constater que le Canada a dû répondre à des demandes européennes en matière de brevets. L'engagement d'ordre

---

Intellectual Property Initiatives in Asia: Competition, Coordination or Replication? », (2020) 11 *Global Policy* 557.

<sup>16</sup> *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4.

<sup>17</sup> *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/170/AB/R (18 septembre 2000), en ligne: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/170ABR.pdf&Open=True>> (consulté le 12 juillet 2021). Quoique le débat portait sur la durée de protection en général, ce sont des compagnies pharmaceutiques qui étaient à l'origine de ce recours: *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, rapport du Groupe spécial, WT/DS/114/R (17 mars 2000), en ligne: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/114R.pdf&Open=True>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>18</sup> *Loi modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 2001, c. 10.

général est celui de déployer « tous les efforts raisonnables pour se conformer aux articles 1 à 14 et à l'article 22 du *Traité sur le droit des brevets*, fait à Genève le 1<sup>er</sup> juin 2000 »<sup>19</sup>. Le respect de cette obligation s'est concrétisé avec sa ratification du Traité en question en juillet 2019, alors que plusieurs pays de l'Union européenne n'y sont pas encore liés.

Le reste des dispositions visant le droit des brevets porte exclusivement sur les brevets de produits pharmaceutiques. Première cause de divergences d'opinions: leur durée. Depuis 1984, l'industrie pharmaceutique novatrice américaine connaît le mécanisme des certificats de protection supplémentaire. Ces certificats permettent une prolongation de la durée de protection au-delà de la durée générale prévue par la loi afin de compenser le retard de la mise en marché de ces produits causé par la nécessité de se conformer à la réglementation sanitaire dont ils font l'objet. L'Union européenne a adopté un tel mécanisme en 1993 et a donc voulu que son partenaire emboîte le pas. L'article 20.27 de l'AECG s'est donc traduit par l'ajout de plusieurs articles à la *Loi sur les brevets*<sup>20</sup> lors de la mise en œuvre de l'Accord<sup>21</sup>. Dans les faits, il s'agit d'une prolongation maximale de deux ans<sup>22</sup>.

À proprement parler, l'autre question qui a été abordée lors de ces négociations ne relève pas véritablement de la propriété intellectuelle, mais elle y est fréquemment associée lorsqu'il s'agit de l'industrie pharmaceutique: la protection des données de recherche. Le sujet est très sensible dans ce secteur économique parce qu'il vise les données récoltées lors des études nécessaires à l'autorisation de la mise en marché des produits. Permettre aux entreprises fabriquant des médicaments génériques d'avoir accès aux données des entreprises innovatrices qui ont, grâce à elles, obtenu l'autorisation de mise en marché leur fait gagner temps et argent et leur permet ainsi d'arriver sur le marché plus tôt pour concurrencer les entreprises novatrices. Il est donc dans l'intérêt de ces dernières de retarder ce moment le plus possible.

<sup>19</sup> AECG, art. 20.26.

<sup>20</sup> *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4 (ci-après « *Loi sur les brevets* »).

<sup>21</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et global entre le Canada et l'Union européenne*, L.C. 2017, c. 6, art. 59. Sur ce sujet, voir William RICHARD, « L'extension des brevets pharmaceutiques au Canada: une étude comparative avec l'Union européenne », (2019) 31 *C.P.I.* 401.

<sup>22</sup> *Loi sur les brevets*, art. 116(3).

Le Canada protégeait déjà ces données<sup>23</sup>. Tant l'ADPIC, dans une section sur la protection des renseignements non divulgués<sup>24</sup>, que l'ALENA, dans un article sur les secrets commerciaux<sup>25</sup>, traitent de la question. Depuis 2006, la durée maximale prévue dans le *Règlement sur les aliments et drogues* était de huit ans<sup>26</sup>. L'Union européenne souhaitait prolonger cette période à dix ans, mais le texte de l'Accord a maintenu la durée actuelle comme seuil minimal<sup>27</sup>. Une constante entre les trois accords vient de ce que la règle est toujours posée dans une section de l'accord en question autre que celle sur les brevets, maintenant ainsi sa qualification juridique techniquement hors du droit des brevets.

Une dernière disposition touchant aux brevets concerne le droit d'appel des parties lors de certains litiges dans le domaine pharmaceutique<sup>28</sup>. Encore une fois, ce secteur d'activités économiques est ciblé par les parties à l'exclusion des questions d'ordre général relevant de la *Loi sur les brevets*. On voit bien ici l'importance des pressions exercées par les entreprises de ce domaine lors des négociations de ce type d'accord commercial. On pourrait même être porté à croire que le droit des brevets évolue au gré des seuls conflits dans l'industrie pharmaceutique... Au Canada, la position traditionnelle du gouvernement a toujours été de minimiser l'impact du monopole des entreprises pharmaceutiques innovantes sur le prix des médicaments, ces entreprises étant pour la plupart des multinationales étrangères. C'est pour cette raison que le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, dont les règles assurant son fonctionnement sont établies par la *Loi sur les brevets*<sup>29</sup>, a été mis sur pied en 1987. Comme une décision récente de la Cour supérieure du Québec le démontre, les entreprises pharmaceutiques innovantes, détentrices de brevets sur des produits dont les prix sont contrôlés par le Conseil, continuent de contester la validité de ce mécanisme<sup>30</sup>. Les négociations d'accords commerciaux n'offrent

<sup>23</sup> Voir Mélanie BOURASSA FORCIER, « Négociations de libre-échange Canada-Union européenne: une limite à la gouvernance souveraine en matière de brevets pharmaceutiques? », (2011) 41 *R.D.U.S.* 553, 564-573.

<sup>24</sup> ADPIC, art. 39(3). Aucune durée n'est toutefois précisée.

<sup>25</sup> ALENA, art. 1711(5) et (6).

<sup>26</sup> *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., c. 870.

<sup>27</sup> AECG, art. 20.29.

<sup>28</sup> *Id.*, art. 20.28.

<sup>29</sup> *Loi sur les brevets*, art. 79-103.

<sup>30</sup> *Merck Canada inc. c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4541.

donc pas les seuls terrains sur lesquels les entreprises pharmaceutiques détenant des brevets cherchent à promouvoir leurs intérêts.

Si les dispositions de l'AECG en matière de brevets sont nettement dominées par les revendications d'une industrie en particulier, celles qui touchent aux marques de commerce ont, de prime abord, une portée plus large et donc un impact plus grand sur les entreprises canadiennes.

## II. Le droit des marques et des indications géographiques

Ce ne sont pas tous les pays qui traiteraient du même souffle le droit des marques et celui des indications géographiques. Quand le Canada a dû introduire cette forme de protection dans son droit lors de la mise en œuvre de l'ADPIC, cependant, c'est la *Loi sur les marques de commerce*<sup>31</sup> qu'il a identifiée comme cadre juridique approprié<sup>32</sup>. Ce choix présente l'avantage d'assurer les assises constitutionnelles de la protection puisque la légitimité constitutionnelle de cette loi repose sur sa qualification d'exercice du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce<sup>33</sup>. Une loi autonome aurait pu prêter flanc à des contestations qui auraient miné le bien-fondé du régime, une éventualité qu'il est toujours préférable d'éviter.

L'impact de l'AECG sur la *Loi sur les marques de commerce* canadienne est considérable. Selon un commentateur averti, il « introduit sans doute les modifications les plus significative à la *Loi sur les marques de commerce* depuis son entrée en vigueur en 1954 »<sup>34</sup>. Il concerne tant le fonctionnement du droit des marques en général que la protection des indications géographiques.

L'obligation d'adhérer à certains instruments internationaux concernant le droit des marques est probablement la conséquence la plus visible,

<sup>31</sup> *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13 (ci-après « *Loi sur les marques de commerce* »).

<sup>32</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, c. 47, art. 192.

<sup>33</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(2). Cette interprétation a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65.

<sup>34</sup> Laurent CARRIÈRE, « Le projet de loi C-31 et ses implications sur la pratique en matière de marques de commerce – un survol et quelques réflexions très préliminaires », (2014) 26 *C.P.I.* 655, 662.

de l'étranger, de l'évolution de ce droit au Canada. Le pays fait désormais partie, depuis juin 2019, d'une structure internationale qui comprend l'*Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques* (1957)<sup>35</sup>, le *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques* (1989)<sup>36</sup>, et le *Traité de Singapour sur le droit des marques* (2006)<sup>37</sup>. Cela a entraîné des modifications substantielles aux procédures d'enregistrement des marques, en plus de confirmer la disponibilité des sons comme marques de commerce et de permettre l'enregistrement des odeurs, des goûts et des textures comme marques<sup>38</sup>. La durée – renouvelable – de l'enregistrement d'une marque de commerce passe de 15 à 10 ans<sup>39</sup>. À cause de l'AECG, l'intégration du droit canadien des marques de commerce dans ses structures internationales a nettement fait un bond important.

Cette participation accrue à des instruments internationaux visant le droit des marques aurait pu se produire sans pression internationale particulière, voire lors de négociations d'accords avec d'autres partenaires commerciaux. Cependant, il y a fort à parier que nul autre partenaire n'aurait tant insisté sur la protection des indications géographiques. Il s'agit là d'un cheval de bataille important pour l'Union européenne dans toutes ses négociations commerciales : il résume en lui seul, dans le domaine de la propriété intellectuelle, le conflit entre la Vieille Europe et le Nouveau Monde<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques*, 15 juin 1957, en ligne : <<https://wipo.int/fr/text/287439>> (consulté le 12 juillet 2021). Cet Arrangement ne fait pas partie des obligations d'adhésion imposées par l'AECG à l'article 20.13, mais le fonctionnement des autres instruments repose sur le système qu'il a instauré.

<sup>36</sup> *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*, 27 juin 1989, en ligne : <<https://wipo.int/fr/text/283485>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>37</sup> *Traité de Singapour sur le droit des marques*, 27 mars 2006, en ligne : <<https://wipo.int/fr/text/290015>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>38</sup> *Loi sur les marques de commerce*, art. 2 (définition de « signe »).

<sup>39</sup> *Id.*, art. 46.

<sup>40</sup> Le sujet est tellement important pour l'Union européenne que, dans son dernier rapport sur les négociations d'un accord de libre-échange avec l'Australie, les indications géographiques sont identifiées séparément du reste de la propriété intellectuelle même si le texte à la base des négociations les place dans le chapitre sur la propriété intellectuelle : *Report of the 9th round of negotiations for a trade agreement between the Euro-*

Déjà, les négociations de l'ADPIC avaient fourni l'occasion d'imposer une protection minimale des indications géographiques à des pays qui n'étaient pas membres de l'*Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international*<sup>41</sup>, un accord dont la première version remonte à 1958. Le compromis international de l'ADPIC, qui avait permis une telle extension, incluait la possibilité de maintenir l'emploi générique de certaines indications de vins et spiritueux. La mise en œuvre de l'ADPIC au Canada a donc marqué l'introduction au pays de cette forme de protection tout en spécifiant que certaines indications géographiques de vins et de spiritueux pouvaient continuer d'être utilisées de manière générique. Sur cette liste figuraient des noms tels Bordeaux, Madère, Porto, Sauternes et – évidemment – Champagne. La Communauté européenne ne se satisfaisait pas de cette mesure et a conclu avec le Canada en 2004 un accord portant exclusivement sur les indications géographiques et dont le but était de faire disparaître progressivement cette liste<sup>42</sup>. Les noms de vins qui figuraient alors à l'article 11.18(3) de la *Loi sur les marques de commerce* ont été divisés en trois groupes pour permettre l'application graduelle de l'Accord : certains noms étaient radiés de la liste à l'entrée en vigueur de l'Accord, soit en 2004, d'autres disparaissaient le 31 décembre 2008, et les derniers cessaient d'être visés par l'exception le 31 décembre 2013<sup>43</sup>. L'accord identifiait aussi d'autres indications qui ne pourraient jamais être considérées comme des noms génériques, telles « grappa » et « ouzo »<sup>44</sup>. En retour, le Canada obtenait la reconnaissance de sept indications géographiques pour des vins (provenant de l'Ontario et de la Colombie-Britannique)<sup>45</sup> et de deux indications, « Canadian Rye Whisky » et « Canadian Whisky », pour des spiritueux<sup>46</sup>.

---

*pean Union and Australia*, 20 novembre – 11 décembre 2020, en ligne : <[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc\\_159237.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159237.pdf)> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>41</sup> *Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international*, 31 octobre 1958, en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/285839>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>42</sup> *Accord entre le Canada et la Communauté européenne relatif au commerce des vins et des boissons spiritueuses*, 16 septembre 2003, en ligne : <<https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=104976&Lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>43</sup> *Id.*, art. 12(1).

<sup>44</sup> *Id.*, art. 17(1).

<sup>45</sup> *Id.*, Annexe III(b).

<sup>46</sup> *Id.*, Annexe IV(b).

C'est donc dire que l'essentiel de ce que l'Union européenne recherchait à l'échelle multilatérale en matière d'indications géographiques pour des vins et spiritueux était déjà acquis, avec le Canada, grâce à cet accord particulier. Cela ne l'a pas empêchée toutefois d'obtenir d'autres concessions sur ce terrain<sup>47</sup>. Plus particulièrement, l'AECG ne porte que sur les indications géographiques pour des fromages, des charcuteries, des huiles, des noix et des olives, c'est-à-dire celles visant des « produits agricoles ou des denrées alimentaires »<sup>48</sup>. Il y a certes des mesures pour atténuer l'impact immédiat de ces nouveautés, mais l'élargissement du concept d'indication géographique au-delà du strict domaine viticole dans un accord bilatéral avec un pays qui n'adhère pas d'emblée à ce type de protection représente une avancée importante pour l'Union européenne dans ses négociations commerciales. La preuve en est que la liste des indications géographiques européennes à protéger au Canada en vertu de l'AECG, qui figure à l'Annexe 20-A de l'Accord, ne compte pas moins de 172 indications, alors que celle censée représenter les indications géographiques canadiennes à protéger dans l'Union n'en contient aucune.

Tant en ce qui a trait aux marques de commerce et aux indications géographiques qu'au droit des brevets, l'AECG démontre une volonté nette d'étendre la portée de la protection de ces droits au-delà de ce que requiert l'ADPIC<sup>49</sup>. Il est vrai que nous sommes maintenant plus de 25 ans après la conclusion de cet accord qui, un peu comme la Convention de Paris, est devenu difficile à modifier. Il reste à vérifier maintenant si l'objectif de repousser les limites du droit d'auteur se manifeste aussi clairement que dans le cas de ces droits de propriété industrielle.

### III. Le droit d'auteur et les droits connexes

La très forte prépondérance de pays de tradition du droit d'auteur parmi ses pays membres – par opposition à celle de copyright – fait en sorte qu'il va de soi, lorsque l'Union européenne négocie des accords incluant le

<sup>47</sup> Voir Isabelle JOMPHE, « Un nouveau paysage à l'horizon: les indications géographiques », (2017) 29 *C.P.I.* 75; Renata WATKIN, « Placing Canadian Geographical Indications on the Map », (2018) 30 *Intellectual Property Journal* 271.

<sup>48</sup> AECG, art. 20.16.

<sup>49</sup> Voir Alexandra MENDOZA-CAMINADE, « L'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne: les apports d'un accord de libre-échange bilatéral au droit de la propriété intellectuelle », (2016) 28 *C.P.I.* 203.



droit d'auteur, que la protection des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des radiodiffuseurs, c'est-à-dire les titulaires de droits dits « voisins » ou « connexes », en fasse partie. La question ne se pose même pas. De ce point de vue, des négociations entre le Canada et l'Union européenne représentent une occasion unique de discuter de cet enjeu sans devoir se buter sur des différences systémiques lorsque des pays de ces deux traditions cherchent à trouver un terrain d'entente<sup>50</sup>. En effet, le Canada est un des rares pays de tradition copyright à avoir embrassé pleinement, avec sa mise en œuvre de la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*<sup>51</sup> signée à Rome en 1961, la vision « droit d'auteur » de la question qui accorde des droits semblables mais distincts à ces personnes<sup>52</sup>. Les négociateurs travaillent donc dans le même cadre de référence, ce qui ne serait pas le cas par exemple si l'Union européenne devait négocier des règles concernant ces mêmes titulaires de droits avec les États-Unis.

Depuis l'ADPIC, d'autres instruments internationaux d'importance concernant le droit d'auteur et les droits connexes ont vu le jour<sup>53</sup>. Il est d'usage, dans des traités de libre-échange comme l'AECG, d'exiger le respect de normes découlant de tels textes. L'AECG n'y fait pas exception et renvoie au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*<sup>54</sup> et au *Traité de l'OMPI*

<sup>50</sup> Sur cette question abondamment traitée dans la littérature, on ne signalera que les titres suivants : André FRANÇON, *Le droit d'auteur : aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 ; Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

<sup>51</sup> *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961, en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/289797>> (consulté le 12 juillet 2021) (ci-après « Convention de Rome »).

<sup>52</sup> Cette mise en œuvre s'est produite en 1997 par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24, et se manifeste surtout par la présence de la Partie II de la loi canadienne. Sur ce sujet, voir Ysolde GENDREAU, « Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur », (1997) 76 *R. du B. can.* 384 ; Ysolde GENDREAU, « La civilisation du droit d'auteur au Canada », (2000) 52 *Revue internationale de droit comparé* 101.

<sup>53</sup> Voir Jørgen BLOMQUIST, *Primer on International Copyright and Related Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014 ; Ysolde GENDREAU, « Évolution du droit d'auteur international : un point de vue canadien », (2021) 34 *R.Q.D.I.* (à paraître).

<sup>54</sup> *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 10 décembre 1996, en ligne : <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo\\_pub\\_226.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_226.pdf)> (consulté le 12 juillet 2021).

sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes<sup>55</sup>, deux instruments qui avaient pour but de mettre à jour les règles internationales en la matière et, surtout, d'assurer les assises de la protection dans l'univers de l'Internet<sup>56</sup>. Ce qui surprend le plus, cependant, c'est la réitération du respect de la Convention de Berne, un fait acquis depuis l'ADPIC, et la mention de la Convention de Rome datant de 1961, un instrument auquel le Canada a adhéré en 1998 dans la foulée, justement, des modifications qui avaient introduit la protection des droits connexes en 1997<sup>57</sup>. Il faut croire que leur caractère fondamental dans le régime international du droit d'auteur mérite d'être souligné à chaque occasion.

Le rappel de ces deux conventions peut aussi s'expliquer autrement. Un des aspects controversés de l'AECG provient de la possibilité d'avoir recours à un règlement des différends entre un investisseur et un État<sup>58</sup>. La prévision d'un tel mode de règlement des différends pour l'ensemble de l'Accord était suffisante pour provoquer des réticences chez les États membres de l'Union européenne à le ratifier. Il a fallu un avis de la Cour de justice de l'Union européenne qui déclarait « que le chapitre huit, section F, de l'AECG est compatible avec le droit primaire de l'Union »<sup>59</sup> pour faire taire les oppositions. Non seulement ce mécanisme suscite des craintes en général, mais la tendance à considérer plus spécifiquement les droits de propriété intellectuelle en tant qu'« investissements » est loin de faire l'unanimité<sup>60</sup>. La mention expresse dans l'AECG de certaines anciennes conven-

<sup>55</sup> *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, en ligne: <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/295479>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>56</sup> Voir Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>57</sup> AECG, art. 20.7 (1).

<sup>58</sup> *Id.*, section F, art. 8.18 et suiv.

<sup>59</sup> *Avis 1/17 de la Cour (assemblée plénière)*, Cour de justice de l'Union européenne, 30 avril 2019, par. 245, en ligne: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=929830>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>60</sup> Voir Lukas VANHONNAEKER, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments. From Collision to Collaboration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015; Henning GROSSE RUSE-KHAN, *The Protection of Intellectual Property in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, aux p. 151 et suiv. Les mêmes interrogations existent aussi à propos d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis (le TTIP, voir, *infra*, le texte accompagnant les notes 87 et 88). Voir Christophe GEIGER, « The TTIP and Its Investment Protection: Will the EU Still Be Able to Regulate Intellectual Property? », (2018) 49 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 631.

tions comme la Convention de Berne et la Convention de Rome relève peut-être du souhait que les règles de ces conventions soient ainsi indirectement susceptibles de faire l'objet de tels recours. Il est alors intéressant de remarquer que la Convention de Paris, qui encadre l'ensemble des relations en propriété industrielle, n'y est mentionnée qu'en rapport avec son article sur la concurrence déloyale comme fondement éventuel de protection dans le domaine des indications géographiques<sup>61</sup>.

Puisqu'il est question de mettre à jour l'adhésion à divers instruments internationaux, on remarquera que l'AECG passe sous silence le *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*<sup>62</sup> de 2013. Pourtant, et le Canada et l'Union européenne étaient à préparer leurs participations formelles à ce traité pendant les négociations de l'AECG, le Canada étant même plus rapide à ce faire que son partenaire européen<sup>63</sup>.

En plus de ces références générales à des instruments internationaux, l'AECG précise certaines obligations qui découlent déjà de ces textes. Cela a surtout pour effet d'indiquer quelles problématiques de l'heure sont considérées primordiales dans les rapports entre les deux parties. Sans surprise, ce sont les questions liées à l'exploitation des œuvres sur l'Internet qui dominent. Le texte apporte des précisions aux droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes lors de la radiodiffusion et de la communication au public et cible ensuite la protection des mesures techniques, la protection des informations sur le régime des droits, et la responsabilité (ou plutôt l'exonération de responsabilité...) des fournisseurs

<sup>61</sup> AECG, art. 20.19(2)(c). Cependant, la définition des «droits de propriété intellectuelle» en tant qu'investissement inclut tous les droits de ce domaine et prévoit même la possibilité d'en identifier d'autres: AECG, art. 8.1.

<sup>62</sup> *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, en ligne: <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo\\_pub\\_218.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_218.pdf)> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>63</sup> Même s'il n'avait pas signé le Traité en 2013, le Canada y a adhéré en 2016 à la suite des modifications apportées à sa *Loi sur le droit d'auteur* par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (accès des personnes ayant des déficiences perceptuelles aux œuvres ou autres objets du droit d'auteur protégés)*, L.C. 2016, c. 4. L'Union européenne a, de son côté, ratifié le Traité en 2018.

de services intermédiaires avant d'aborder la question des enregistrements pirates d'œuvres cinématographiques dans les cinémas<sup>64</sup>.

Une question brille par son absence : la durée de protection. Alors que, dès 1993, l'Union européenne harmonisait la durée de protection de base du droit d'auteur par une directive qui obligeait les États membres à prévoir une protection minimale de « vie de l'auteur + 70 ans »<sup>65</sup>, le Canada demeure à ce jour le seul pays du G7 à protéger les titulaires de droit d'auteur selon le minimum conventionnel de la Convention de Berne, à savoir pendant « vie de l'auteur + 50 ans »<sup>66</sup>. Il est d'autant surprenant de ne voir aucune allusion à cette règle que, à travers les articles de l'AECG visant le droit des brevets, le droit des marques, et les indications géographiques, l'Union européenne cherchait manifestement à augmenter le niveau de protection en droit canadien. Que s'est-il passé ?

Il est impossible d'imaginer que l'absence d'une disposition concernant la durée de protection du droit d'auteur résulte d'un oubli : la différence normative est trop connue. Il faut alors sans doute s'en remettre au jeu des négociations. Si l'on demeure à l'intérieur des seules règles de propriété intellectuelle, on peut expliquer la situation comme le résultat d'un compromis par lequel le renforcement des règles de propriété industrielle était considéré plus important que celui des règles de droit d'auteur. Ou plutôt : les secteurs pharmaceutiques et agro-alimentaires ont plus de poids dans les échanges commerciaux entre les deux parties. Si l'on se met à envisager l'ensemble de l'Accord, et non seulement le chapitre sur la propriété intellectuelle, alors n'importe quel objet de négociation peut avoir été troqué contre une simple réitération des règles communément admises.

<sup>64</sup> AECG, art. 20.8 à 20.12.

<sup>65</sup> *Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, J.O.C.E., 24 novembre 1993, n° L 290/9, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000706107>> (consulté le 12 juillet 2021). Cette directive est maintenant codifiée dans la *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée)*, J.O.U.E., 27 décembre 2006, n° L 372/12, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32006L0116>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>66</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, art. 6. À l'époque de l'AECG, le Japon était l'autre pays du G7 qui protégeait les œuvres pendant « vie de l'auteur + 50 ans », mais il est passé à « vie de l'auteur + 70 ans » depuis le 30 décembre 2018 lors de l'entrée en vigueur d'amendements de 2016. Sur ce sujet, voir Tatsuhiro UENO, « Japan » dans Lionel BENTLY (dir.), *International Copyright Law and Practice*, New York, Lexis Nexis, 2019, §3.

C'est une des principales raisons d'être de l'inclusion de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux. On ne pourra probablement jamais savoir.

#### IV. Une contextualisation

Que peut-on déduire de cet accord en ce qui concerne le positionnement de chacune de ses parties par rapport à la propriété intellectuelle ? On peut tirer certaines conclusions si l'examen de l'AECG ne porte que sur ce texte en tant qu'aboutissement de leurs démarches internationales. Si, au contraire, le recul que permet le peu de temps écoulé depuis sa conclusion est pris en compte, il devient alors possible de contextualiser davantage le rôle de cet accord dans le développement de la propriété intellectuelle internationale.

L'AECG est un exemple intéressant d'accord entre membres du G7 par lequel une des parties, en l'occurrence le Canada, se voit obligée d'augmenter son niveau de protection des droits de propriété intellectuelle au-delà des normes multilatérales découlant d'accords commerciaux auxquels les deux parties adhèrent déjà. On assiste nettement à la construction d'un univers «ADPIC+» par laquelle certaines parties, pour lesquelles le minimum conventionnel de l'ADPIC est considéré dépassé mais trop difficile à modifier pour des raisons politiques, cherchent à créer, plus ou moins lentement mais sûrement, un nouveau seuil plus élevé de consensus international autour des normes de propriété intellectuelle. On aurait pu croire que le tissage d'un tel réseau se ferait au gré d'accords entre des pays industrialisés, d'une part, et des pays en développement, d'autre part, c'est-à-dire là où le pouvoir de négociation semble au départ se situer clairement du côté de la partie industrialisée. Or, l'AECG concerne deux parties qui, vues de l'extérieur, étaient susceptibles de partager depuis longtemps la même vision du niveau de protection souhaitée en la matière. On découvre, au contraire, une relation dans laquelle une partie est contrainte de revoir ses normes de propriété intellectuelle à la hausse, fort probablement en échange de concessions touchant d'autres secteurs économiques qui sont considérés plus importants à ses yeux. Ce sont donc des impératifs clairement externes qui viennent déterminer l'évolution des normes nationales.

Cependant, tous les secteurs de la propriété intellectuelle ne sont pas touchés de la même manière. L'Union européenne se montre plus agressive

lorsqu'il est question de promouvoir les droits de propriété industrielle : le fonctionnement général du droit des marques est, à l'instar du droit des brevets et de la protection des données dans le secteur pharmaceutique, manifestement une source de préoccupation importante pour elle. Et c'est sans parler du droit des indications géographiques... L'Union européenne fait ici preuve de constance dans la défense de ses intérêts, même si les moyens employés par le passé ont été différents. Elle a eu recours aux instances de l'OMC pour faire « corriger » le droit canadien en matière de brevets pharmaceutiques à la suite d'une décision rendue en 2000<sup>67</sup>, alors qu'elle a plutôt préféré la méthode diplomatique pour obtenir un accord bilatéral spécifique en matière d'indications géographiques en 2004<sup>68</sup>. Une dizaine d'années plus tard, son intérêt pour ces secteurs économiques ne se dément pas.

On ne peut pas en dire autant pour les industries dont la valorisation repose sur le droit d'auteur. Certes, il est difficile de croire que celles-ci n'ont aucune valeur aux yeux de l'Union européenne et la répétition des normes internationales actuelles confirme son engagement à les soutenir. Quand on compare son attitude avec celle qu'elle manifeste pour les règles de propriété industrielle, cependant, il est légitime de se demander pourquoi elle n'a pas cherché davantage à faire valoir la protection du droit d'auteur à travers certaines questions sensibles. On remarque, en effet, le manque d'empressement de la part de l'Union européenne à responsabiliser les fournisseurs de services Internet. L'article 20.11 de l'AECG réunit les règles qui s'appliquent à ces entreprises et qui se traduisent, au Canada, par des exonérations importantes de responsabilité<sup>69</sup> ainsi que par un système connu sous le nom d'« avis et avis », système unique au monde grâce auquel les fournisseurs de service n'ont pas à retirer une œuvre d'un site qui l'offre au public sans autorisation, mais n'ont plutôt qu'à transmettre un avis d'utilisation illégale alléguée à la personne qui l'y aurait placée<sup>70</sup>. La généralité du texte permet de s'y conformer avec des mesures qui vont

<sup>67</sup> Voir *supra*, note 17.

<sup>68</sup> *Accord entre le Canada et la Communauté européenne relatif au commerce des vins et des boissons spiritueuses*, 16 septembre 2003, en ligne : <<https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=104976&Lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>69</sup> Voir, par exemple, les articles 2.4(1)(b), 31.1 et 41.27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

<sup>70</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, art. 41.25 et 41.26. Voir Sheryl N. HAMILTON, « Made in Canada: A Unique Approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement », dans Michael GEIST (dir.), *In the Public Interest. The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 285, à comparer avec, par exemple, Catherine

bien en deçà de ce que le droit de l'Union européenne exige de ses États membres<sup>71</sup>.

Plus surprenant, cependant, est le silence entourant la durée de protection du droit d'auteur canadien qui n'a pas été amenée au même niveau que celle qui a cours dans l'Union, d'autant que cette durée de protection de « vie + 70 ans » est intégrée dans le droit américain depuis 1998<sup>72</sup> – donc dans la loi du pays qui est le partenaire commercial le plus important du Canada – et que plusieurs autres pays l'ont aussi adoptée. Cela n'aurait pas été un résultat révolutionnaire à l'échelle internationale. Peut-être que les industries européennes qui auraient pu en bénéficier sont trop éclatées et que leur mobilisation est ainsi d'autant plus difficile à galvaniser que le marché en jeu est trop petit ? À presque 38 millions de personnes, la population canadienne entière n'atteint pas celle du seul État de la Californie et, en outre, la division linguistique du pays réduit probablement l'impact de ce chiffre dans plusieurs secteurs<sup>73</sup>.

Les résultats de négociations entre entités qui sont unies (ou séparées ?) par l'océan Atlantique peuvent aussi être examinés à l'aune d'un accord qui, à la même époque, a mis sur la table des enjeux similaires. En effet, du côté de l'océan Pacifique depuis 2008 se négociait le Partenariat transpacifique<sup>74</sup> (PTP) qui a été conclu, lui aussi, en 2016. Le Canada en est membre, ainsi que l'Australie, le Brunei, le Chili, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Son chapitre 18 est consacré à la propriété intellectuelle. Il ne saurait être question ici d'examiner ce texte de la même manière que celui de l'AECG, mais il est possible de signaler certaines différences, surtout en ce qui a trait au droit d'auteur.

---

JASSERAND, « Régime français de la responsabilité des intermédiaires techniques », (2013) 25 *C.P.I.* 1133.

<sup>71</sup> Sur ce sujet, voir, entre autres, Séverine DUSOLLIER, « Intermédiaires et plates-formes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur », dans Alexandra BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, coll. « Presses universitaires de Sceaux », Paris, Éditions Mare & Martin, 2018, p. 165.

<sup>72</sup> *An Act to amend the provisions of title 17, United States Code, with respect to the duration of copyright, and for other purposes*, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827.

<sup>73</sup> Pensons ici, par exemple, à tout ce qui relève de la communication écrite, du cinéma et de la télévision et de la chanson.

<sup>74</sup> *L'Accord de partenariat transpacifique*, 4 février 2016, en ligne: <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

Dès le premier coup d'œil, il est évident que l'objectif du chapitre du PTP sur la propriété intellectuelle n'est pas le même que celui de l'AECG. Au lieu d'insister sur certains secteurs spécifiques, la grande majorité des dispositions vise le fonctionnement général des droits de propriété intellectuelle. L'Accord réunit des pays offrant une grande diversité de développements économiques, ce qui suppose des attitudes fort différentes envers ces droits. Il est alors nécessaire d'assurer des assises communes avant de passer à des dossiers plus litigieux...

Parmi ces principes de base, deux dispositions se distinguent. La première figure à l'article 18.15 où il est déclaré que « [l]es Parties reconnaissent l'importance d'un domaine public riche et accessible ». Une telle déclaration est en effet très rare dans des accords commerciaux, voire dans les conventions ne portant que sur les droits de propriété intellectuelle, puisque le domaine public est l'antithèse des régimes de propriété intellectuelle<sup>75</sup>. Elle ouvre la porte aux exceptions aux droits et à des durées de protection plus brèves. Dans certaines circonstances, comme ici<sup>76</sup>, elle facilite la reconnaissance des savoirs traditionnels, c'est-à-dire ces savoirs qui, de prime abord, ne sauraient être appropriés par les droits de propriété intellectuelle parce que leurs origines remontent à des époques très éloignées des durées de protection actuellement en vigueur<sup>77</sup>. Ainsi, non seulement on valorise les limites de la propriété intellectuelle, mais on fait preuve d'ouverture envers certaines dimensions culturelles qui viennent appuyer cette reconnaissance.

D'autres dispositions de l'Accord illustrent cette attitude favorable à la restriction des droits. La reprise, fort courante, du triple test de l'ADPIC qui délimite les pourtours des exceptions aux droits de propriété intellec-

<sup>75</sup> L'exception serait le *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* signé en 2013, le seul traité conclu uniquement pour créer des exceptions au droit d'auteur.

<sup>76</sup> PTP, art. 18.16. Le PTP ne semble viser, cependant, que le savoir traditionnel qui serait pertinent dans le domaine des brevets.

<sup>77</sup> La pertinence pour le Canada de la question des connaissances et expressions traditionnelles est bien réelle. Voir Robert K. PATERSON, « Canadian and International Traditional Knowledge and Cultural Expression Systems », (2017) 29 *Intellectual Property Journal* 191.



tuelle<sup>78</sup> est complétée par des exemples qui reprennent les grandes discussions de l'heure :

Chacune des Parties s'efforce d'établir un juste équilibre dans son régime de droit d'auteur et de droits connexes, entre autres au moyen de limitations ou exceptions qui sont compatibles avec l'article 18.65 (Limites et exceptions), y compris dans l'environnement numérique, tout en tenant compte des utilisations à fins légitimes, y compris, sans toutefois s'y limiter, la critique, le commentaire, la communication de nouvelles, l'enseignement, l'étude, la recherche, et autres fins semblables; et en facilitant l'accès aux œuvres publiées aux aveugles, aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture de textes imprimés.<sup>79</sup>

Cette insistance sur l'importance des exceptions dans les lois sur le droit d'auteur est en phase avec la vision actuelle du législateur et des tribunaux canadiens qui considèrent que les exceptions constituent des « droits des utilisateurs »<sup>80</sup>. En outre, le maintien de l'une des particularités de la conception canadienne du droit d'auteur reflétant ce penchant favorable pour une protection généreuse des utilisateurs, le régime d'avis et avis, est garanti par l'Annexe 18-E de l'Accord. Cette victoire diplomatique est d'autant plus exceptionnelle que seul le Canada est autorisé à avoir un tel régime. La question de la responsabilité des fournisseurs de service Internet était d'ailleurs un sujet de négociation d'une telle importance qu'elle est l'objet, dans le chapitre sur la propriété intellectuelle, d'une section distincte de celle concernant le droit d'auteur et les droits connexes.

Il y a toutefois un prix à payer pour de tels succès. Ce que l'Union européenne n'a pas obtenu a été arraché par les États-Unis : l'article 18.63 du PTP prévoit une durée de protection de base de « vie de l'auteur + 70 ans ». Le sort a cependant voulu que cette victoire américaine – ou défaite canadienne, c'est selon – ait été de courte durée.

<sup>78</sup> ADPIC, art. 13 (pour le droit d'auteur). Le test, qui tire son origine de la Convention de Berne où il ne vise que le droit de reproduction à l'article 9(2), est par la suite repris dans le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (art. 10) et dans le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (art. 16).

<sup>79</sup> PTP, art. 18.66.

<sup>80</sup> L'expression a été consacrée par la Cour suprême du Canada dans sa décision *CCH Canadian Ltd. c. Law Society of Upper Canada*, 2004 CSC 13, par. 48. L'ampleur des exceptions introduites par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, reflète bien cette attitude.

En effet, l'arrivée d'un nouveau gouvernement à la tête des États-Unis en 2017 a mis un terme au PTP. Les dix autres parties à l'Accord n'ont cependant pas voulu rompre ses effets entre elles, ce qui a conduit à des négociations afin de maintenir le plus possible les liens qu'elles avaient tissés à cette occasion. C'est ainsi qu'en mars 2018 le PTP a pu renaître de ses cendres sous la forme du Partenariat transpacifique global et progressif<sup>81</sup> (PTPGP). L'absence des États-Unis dans cet accord avait nécessairement changé la dynamique entre les parties. Cependant, au lieu de partir de zéro pour renégocier un nouvel accord, les parties ont choisi de préserver le PTP, mais en suspendant certaines dispositions. Plusieurs de ces dispositions suspendues sont dans le chapitre sur la propriété intellectuelle et incluent celles concernant la responsabilité des intermédiaires, y compris l'annexe concernant le régime « avis et avis ». Sans consensus quant à cette responsabilité, les pays sont libres de l'encadrer à leur manière et le Canada peut ainsi maintenir le régime qu'il avait élaboré. Cette évolution ne changeait rien à la situation du Canada : avec ou sans suspension, son droit demeurerait le même. On ne saurait en dire autant de l'autre suspension que le PTPGP a permise : celle de la disposition qui aurait obligé le Canada à prolonger sa durée de base du droit d'auteur à « vie de l'auteur + 70 ans » et toutes les déclinaisons qu'elle aurait nécessitées. Il s'agissait là d'un revirement réel.

Si l'absence des États-Unis du PTPGP a permis au Canada de garder telle quelle sa loi sur le droit d'auteur, ce répit aura été de courte durée. À la fin de la même année, le Canada signait l'*Accord Canada – États-Unis – Mexique*<sup>82</sup> (ACEUM) qui remplaçait l'ALENA de 1994. Cette fois-ci, il n'y avait plus moyen d'éviter la prolongation de la durée du droit d'auteur. Puisqu'il y avait déjà consenti dans le PTP, un accord qui incluait et les États-Unis et le Mexique, il devenait inévitable que le Canada cesse de se cantonner dans le strict minimum de durée de protection prévu par la Convention de Berne. C'est ainsi que l'article 20.62 de l'ACEUM prévoit une durée qui ajoute 70 ans à toute durée de protection fondée sur la vie d'une personne physique. Une légère prolongation est également exigée

<sup>81</sup> *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021)

<sup>82</sup> *Accord Canada – États-Unis – Mexique*, 30 novembre 2018, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 12 juillet 2021).

quand la durée est calculée en fonction d'un autre événement, la création ou la publication, par exemple.

L'ACEUM est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2020. Pourtant, la durée de base du droit d'auteur canadien n'a pas été modifiée lors de sa mise en œuvre par le Parlement canadien<sup>83</sup> et demeure à « vie de l'auteur + 50 ans ». Le pays serait-il déjà en porte-à-faux avec ses obligations internationales ? C'est plutôt dans les détails de l'Accord lui-même que réside l'explication. À son article 10.89 où se trouvent des modalités particulières de mise en œuvre, il est prévu que le Canada bénéficie d'un délai de deux ans et demi pour modifier sa loi pour se conformer à la durée prévue par l'article 20.62(a). Il peut donc attendre jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2023 pour donner suite à cette obligation.

Ainsi, ce que l'Union européenne n'a pas pu faire inclure dans l'AECG l'a été d'abord par le PTP et ensuite par l'ACEUM. En matière de propriété intellectuelle, ces accords commerciaux ressemblent à des vases communicants, chacun pouvant être un pion dans le jeu des négociations futures avec d'autres partenaires. L'Union européenne cherchait à atteindre certains objectifs avec l'AECG – comme la protection liée à l'industrie pharmaceutique et la reconnaissance de nouveaux secteurs agro-alimentaires pour les indications géographiques – qu'elle peut ensuite qualifier de nouvelles normes minimales dans ses négociations avec d'autres partenaires. Dans cette optique, l'absence de nouveaux engagements par le Canada en matière de droit d'auteur représente peut-être moins un manque d'intérêt de la part de l'Union européenne pour ce dossier qu'un succès du Canada qui a réussi à résister à ses demandes. L'épisode du PTP/PTPGP suivi de l'ACEUM démontre que lorsque les États-Unis étaient à la table des négociations, le Canada pouvait défendre certaines règles différentes de celles qui ont cours aux États-Unis, comme son système « avis et avis », mais il lui était devenu impossible d'éviter la prolongation de la durée de protection. Comme le remarquent deux commentateurs canadiens :

The United States is far more consistent than the European Union and even the EFTA. While the United States has signed only 18 PTAs [preferential trade agreements] since 1991, all of them address copyright protection. In fact, the United States is the only high-income country to systematically include copyright in all of its PTAs. Also, the United States extends the duration

<sup>83</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – États-Unis – Mexique*, L.C. 2020, c. 1.

of copyright protection to 70 years and protects anti-circumvention measures far more frequently than the European Union or EFTA do.<sup>84</sup>

\*  
\*   \*   \*

L'AECG pose des bases à surveiller lors de futurs accords transatlantiques. Pour le moment, le Brexit a simplement donné naissance, pour le Canada, à l'*Accord de continuité commerciale Canada – Royaume-Uni* qui maintient une grande partie de l'AECG pendant que des négociations se déroulent<sup>85</sup>. Si l'on remonte un peu plus loin dans le temps, on observe que de 2013 à 2016 se déroulaient des négociations entre l'Union européenne et les États-Unis pour un *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement*<sup>86</sup>, plus connu sous son acronyme anglais TTIP, qui incluait un chapitre sur la propriété intellectuelle. Sans surprise, les indications géographiques faisaient partie de la position de l'Union européenne de même que le droit de suite et l'application du droit de communication publique au profit des auteurs dans les bars, restaurants, et magasins<sup>87</sup>. L'Union européenne considère ces négociations actuellement tombées en désuétude<sup>88</sup>, mais on ne sait pas dans quelle mesure elles pourraient être reprises. On voit bien, à la lumière des sujets envisagés, que de telles négociations permettent de persévérer à faire reconnaître non seule-

<sup>84</sup> Jean-Frédéric MORIN et Dimitri THÉRIAULT, *Copyright Provisions in Trade Deals: A Bird's eye View*, Centre for International Governance and Innovation, Policy Brief No. 149, 23 mai 2019, aux p. 6-7, en ligne : <<https://www.cigionline.org/publications/copyright-provisions-trade-deals-birds-eye-view>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>85</sup> *Accord de continuité commerciale Canada – Royaume-Uni*, 9 décembre 2020, en ligne : <[https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/agreement\\_trade\\_continuity-accord\\_continuite\\_commerciale.aspx?lang=fra](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/agreement_trade_continuity-accord_continuite_commerciale.aspx?lang=fra)> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>86</sup> *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement*, non signé, en ligne : <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248>> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>87</sup> Cette demande s'inscrit dans la foulée d'une décision rendue en 2000 par un panel de l'OMC. Voir *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, rapport du Groupe spécial, WT/DS/160/R (15 juin 2000), en ligne : <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds160/r\\*%20not%20rw\\*\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds160/r*%20not%20rw*)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> (consulté le 12 juillet 2021).

<sup>88</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Négociations et accords commerciaux*, 15 avril 2019, en ligne : <[https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_fr.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm)> (consulté le 12 juillet 2021).

ment des positions mises à l'ordre du jour de toutes négociations de cette nature, mais aussi de revenir sur des questions qui ont déjà été des points de friction importants.

Les accords commerciaux entre le Canada, les États-Unis, l'Union européenne ou le Royaume-Uni relèvent de la diplomatie commerciale entre entités de l'Atlantique nord. Une dynamique à surveiller est celle qui mettrait aussi en cause des pays de l'Atlantique sud, soit seuls ou déjà regroupés en communautés. Verrait-on alors des accords inspirés par l'AECG, c'est-à-dire entre parties industrialisées quoique pas de même puissance économique, ou plutôt par le PTPGP où la présence de pays émergents peut modifier les attentes? Les objets d'étude ne devraient pas manquer si l'on pense que l'Union européenne a déjà négocié un accord commercial avec le Mercosur qui comprend un chapitre sur la propriété intellectuelle (incluant, bien sûr, les indications géographiques)<sup>89</sup>, mais qui est cependant loin d'être en vigueur. L'avenir nous dira quel sera le sort de tels accords dans une économie dont on remet en question la mondialisation sous sa forme actuelle.

---

<sup>89</sup> *Accord de libre-échange entre le Mercosur et l'Union européenne*, 28 juin 2019, chapitre XX, en ligne: <[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/september/tradoc\\_158329.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/september/tradoc_158329.pdf)> (consulté le 12 juillet 2021).

