

**CANADA – DURÉE DE LA PROTECTION  
CONFÉRÉE PAR UN BREVET**

*Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord  
sur les règles et procédures régissant le  
règlement des différends*

Décision de l'arbitre  
Claus-Dieter Ehlermann



## I. Introduction

1. Le 12 octobre 2000, l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") a adopté le rapport du Groupe spécial<sup>1</sup>, tel qu'il a été confirmé par le rapport de l'Organe d'appel<sup>2</sup>, sur l'affaire *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet ("Canada – Durée du brevet")*.<sup>3</sup> À la réunion de l'ORD du 23 octobre 2000, le Canada a informé celui-ci, conformément à l'article 21:3 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord"), qu'il mettrait en œuvre les recommandations et décisions formulées par l'ORD dans le présent différend et qu'il aurait besoin d'un "délai raisonnable" pour le faire, aux termes de l'article 21:3 du *Mémoire d'accord*.

2. Vu l'impossibilité d'arriver à un accord avec le Canada au sujet du délai requis pour la mise en œuvre de ces recommandations et décisions, les États-Unis ont demandé que ce délai soit déterminé par arbitrage contraignant conformément à l'article 21:3 c) du *Mémoire d'accord*.<sup>4</sup>

3. Dans une lettre conjointe datée du 10 janvier 2001, le Canada et les États-Unis ont notifié à l'ORD qu'ils étaient convenus que la durée du "délai raisonnable" pour la mise en œuvre serait déterminée par arbitrage contraignant, conformément aux dispositions de l'article 21:3 c) du *Mémoire d'accord*, et que j'exercerais les fonctions d'arbitre.<sup>5</sup> Les parties ont aussi indiqué dans ladite lettre qu'elles étaient convenues de prolonger jusqu'au 28 février 2001 le délai prévu pour l'arbitrage, fixé à 90 jours à compter de la date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD.<sup>6</sup> Nonobstant cette prolongation, les parties ont déclaré que la décision

**II. Arguments des parties**

A. *Canada*

5. Le Canada demande à l'arbitre de fixer le "délai raisonnable" à 14 mois et deux jours, de manière qu'il vienne à expiration le 14 décembre 2001, c'est-à-dire le dernier jour de séance du Parlement canadien avant le congé de Noël 2001.

6.

européennes.<sup>10</sup>

*pharmaceutiques* ("*Canada – Brevets pharmaceutiques*").<sup>17</sup> De l'avis du Canada, l'arbitre aurait dû tenir compte du fait que le processus législatif dans un État démocratique s'accompagne inévitablement d'un débat. Un tel débat législatif sera plus intense et plus long lorsque plusieurs approches législatives seront en concurrence pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. Le Canada ajoute qu'il est important de souligner que ce n'est pas la "controverse" ou le "caractère contentieux" de la mesure à proprement parler qui devrait justifier l'octroi d'un délai plus long que ce ne serait autrement le cas, mais plutôt la nécessité inhérente de prévoir suffisamment de temps pour un débat lorsque des choix législatifs doivent être opérés dans un régime démocratique.

11. Le Canada rappelle en outre que, dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, les États-Unis et le Canada se sont mis d'accord sur un délai de mise en œuvre de 15 mois.<sup>18</sup> La législation était relativement peu complexe d'un point de vue technique, mais elle avait un caractère contentieux sur le plan politique. L'accord entre les parties à ce différend reconnaissait cette réalité politique.

12. Le Canada justifie sa demande concernant un délai de mise en œuvre de 14 mois et deux jours en se référant à son processus législatif normal. Conformément à la procédure normale, des représentants du Ministère de l'industrie ont informé le nouveau Ministre de l'industrie (qui est chargé de la *Loi sur les brevets*) des obligations résultant des recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce. Dans le cadre du processus préparatoire, un projet de mémoire au Cabinet est en cours d'élaboration. Le mémoire est le document formel qui énonce les intentions du gouvernement et qui, une fois approuvé par le Cabinet, habilite le Ministère de la justice à élaborer le projet de loi et lui donne des instructions à cet égard.

13. Le Canada note que, du fait des récentes élections dans ce pays et de la convocation du nouveau Parlement le 29 janvier 2001, on ne sait pas bien quand le mémoire sera examiné par un comité du Cabinet et par le Cabinet plénier.<sup>19</sup> Une fois que le mémoire aura été approuvé par le

---

<sup>17</sup> L'arbitre a dit ce qui suit:

Je ne vois dans l'article 21:3 rien qui indique que le "caractère contentieux" qu'est censée avoir sur le plan intérieur une mesure prise pour se conformer à une décision de l'OMC doive de quelque manière être un facteur à prendre en considération pour déterminer un "délai raisonnable" pour la mise en œuvre.

Décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, WT/DS114/13, 18 août 2000, paragraphe 60.

<sup>18</sup> Conformément à l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord. Voir la déclaration faite par le Canada à la réunion de l'ORD du 25 septembre 1997, WT/DSB/M37, 4 novembre 1997.

<sup>19</sup> En réponse à des questions de l'arbitre, le Canada a précisé que le mémoire au Cabinet serait examiné par un comité du Cabinet pendant la semaine où se tiendrait l'audience.

Cabinet, le Ministère de la justice sera chargé d'achever l'élaboration du projet de loi et de le mettre en forme finale. Il est prévu que, une fois que le Cabinet aura donné son approbation, il faudra environ un mois pour finaliser la rédaction. Une fois achevée la rédaction du projet de loi, le leader parlementaire du gouvernement examinera celui-ci, en déterminera le degré de priorité dans le calendrier législatif du gouvernement et fera rapport au Cabinet, de manière à obtenir une délégation de pouvoir du Cabinet plénier pour programmer la présentation du projet de loi.<sup>20</sup>

14. D'après le Canada, c'est le leader parlementaire du gouvernement qui a la prérogative d'établir le programme législatif. Cela aura une incidence sur le caractère prioritaire qui pourra être donné à de

sanction royale à moins qu'une autre date d'entrée en vigueur ne soit précisée dans le texte, ou qu'il y soit indiqué que la date sera fixée par un décret du gouverneur en conseil.

18. Le Canada indique qu'il est prévu que la Chambre des communes siégera pendant 135 jours en 2001. Sur ces 135 jours, certains seront consacrés à des débats spécifiques et d'autres à des débats d'urgence et à des débats spéciaux, ce qui laissera 104 jours au maximum pour les affaires émanant du gouvernement. Sur les 80 jours de séance se situant entre février et juin 2001, cinq jours sont réservés pour des débats spécifiques. Il restera donc au maximum 61 jours pour l'examen des questions législatives pendant cette période. Il est probable que le projet de loi sera examiné en comité lorsque commencera le congé d'été de la Chambre. Contrairement à la Chambre, le Sénat n'a pas de calendrier préétabli.

19. Le Canada avance que la modification qu'il est nécessaire d'apporter à sa *Loi sur les brevets* aura une incidence sur le système de soins de santé canadien. Par conséquent, on peut s'attendre que les modifications proposées par le gouvernement feront l'objet d'un débat intensif. Le débat, qui sera probablement conflictuel, influera sur le délai dont le Parlement aura besoin pour traiter la proposition de loi. Toute tentative du gouvernement visant à recourir à des procédures extraordinaires de manière à limiter le débat pourrait entraîner des réactions politiques qui compromettraient les chances que la législation a d'être adoptée rapidement et le risque serait alors que l'on ait besoin de plus de temps pour mener à bien le processus législatif que ce ne serait autrement le cas. Par conséquent, le gouvernement devra soigneusement gérer le processus législatif et engager des consultations avec les parties prenantes et les provinces, à la fois avant et pendant le débat au Parlement.

#### B. *États-Unis*

20. Les États-Unis demandent à l'arbitre de déterminer que le "délai raisonnable" est de six mois à compter de la date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD dans le présent différend.

21. Les États-Unis avancent que, si le Canada est autorisé à différer la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD dans le présent différend, des milliers de brevets continueront de venir à expiration "prématurément", ce qui causera un préjudice irréparable aux titulaires de brevet qui sont des ressortissants des États-Unis. Pour les États-Unis, il s'agit là d'une question extrêmement urgente "pour laquelle chaque jour compte".<sup>21</sup> D'après eux, 1 149 brevets en moyenne tomberont chaque mois "prématurément" dans le domaine public en 2001.

---

<sup>21</sup> Communication des États-Unis, paragraphe 3.

22. Les États-Unis conviennent qu'une modification législative est le moyen le plus approprié de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. Ils ne sont toutefois pas convaincus par le calendrier de mise en œuvre proposé par le Canada. Ils considèrent que ce calendrier ne reflète pas comme il convient l'objectif concernant la mise en conformité dans les moindres délais ni ne tient suffisamment compte de la flexibilité qu'offre le système parlementaire canadien.

23. Les États-Unis estiment qu'il ressort clairement de précédentes décisions arbitrales que la détermination du "délai raisonnable" sera fondée sur le délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. L'indication la plus claire dont un arbitre dispose pour faire cette détermination est le texte de l'article 21:3 c) qui prévoit que le "délai raisonnable" ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Toutefois, ce délai peut être plus court ou plus long, en fonction des circonstances.

24. Les États-Unis font valoir que le contexte de l'article 21:3 c) établit clairement que l'objectif

27. Les États-Unis affirment qu'il ressort d'un examen des modalités de mise en œuvre du Canada, de l'absence de complexité des mesures que suppose cette mise en œuvre et de la marge discrétionnaire inhérente au système parlementaire canadien que le délai le plus court possible pour la mise en œuvre dans le cadre du système juridique du Canada est de six mois à compter de la date à laquelle les recommandations et décisions de l'ORD ont été adoptées.

28. Les États-Unis estiment que le processus administratif d'élaboration du projet de loi et d'approbation par le Cabinet dans le système parlementaire canadien est très flexible et peut être mené à bien rapidement s'il est souhaitable ou nécessaire. Les États-Unis sont d'avis que même le processus d'approbation par les comités du Cabinet et le Cabinet plénier peut être, et est souvent, accéléré. Il n'y a ni règles de procédure ni délais obligatoires applicables à un tel processus.

29. D'après les États-Unis, pour que tous les brevets déposés avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989 aient une durée d'au moins 20 ans à compter de la date du dépôt, comme le prévoit l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'*Accord sur les ADPIC*), il suffit

majorité déterminante au Parlement depuis la récente élection et que les règles de procédure législative n'exigent en moyenne qu'une journée de séance obligatoire pour chacune des étapes suivantes: lecture, deuxième lecture, examen en comité et étape du rapport et troisième lecture prises ensemble.

32. Les États-Unis affirment, que comme le montre la pratique antérieure, de nombreux projets de loi ont été adoptés rapidement par le gouvernement en place. Par exemple, au cours du 36<sup>ème</sup> Parlement (1997-2000), sur les 78 projets de loi présentés par le gouvernement qui ont reçu la sanction royale, 40 ont été adoptés en quatre mois ou moins. De fait, certains projets de loi ont été adoptés dans des délais aussi courts qu'une semaine.

33.

Toutefois ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances.

Ainsi, lorsque le "délai raisonnable" est déterminé par arbitrage, l'arbitre doit partir du principe que ce délai ne doit pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial et/ou du rapport de l'Organe d'appel. Cela ne signifie pas toutefois que l'arbitre est obligé d'accorder 15 mois dans tous les cas. L'article 21:3 c) précise que le "délai raisonnable" peut être plus court ou plus long, en fonction des "circonstances". Les "circonstances" applicables influent donc sur la détermination de ce qu'est un "délai raisonnable" pour la mise en œuvre, comme l'ont indiqué de précédents arbitres.<sup>27</sup>

37. Le sens de l'article 21:3 c) est élucidé par son contexte. Ce contexte inclut le texte introductif de l'article 21:3, qui reconnaît que la question d'un "délai raisonnable" pour la mise en œuvre n'entre en jeu que "[s]il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement" aux recommandations et décisions; l'article 21:1, qui souligne que "[p]our que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais" aux recommandations et décisions de l'ORD; et l'article 3:3, qui reconnaît également que "le règlement rapide de toute situation ... est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres".

38. Ainsi, le Mémoire d'accord souligne explicitement l'importance d'une mise en conformité dans les moindres délais. Reconnaisant ce principe, de précédents arbitres ont établi que le facteur le plus important pour établir la durée du "délai raisonnable" était le suivant:

... il est clair que le délai raisonnable, déterminé au titre de l'article 21:3 c), devrait être le *délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre* pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD.<sup>28</sup> (pas d'italique dans l'original)

---

<sup>27</sup> Voir, par exemple, la décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques*, supra, note de bas de page 14, paragraphes 39 et 41 à 45; la décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, *Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile* ("Canada – Industrie automobile"), WT/DS139/12-WT/DS142/12, 4 octobre 2000, paragraphe 39; et la décision de l'arbitre, *Canada - Brevets pharmaceutiques*, supra, note de bas de page 14, paragraphes 39 et 41 à 45.

39.

44. Avant d'en venir au fond du présent différend, il est utile d'examiner deux points sur lesquels les parties sont généralement d'accord. Le premier concerne la "complexité", ou plutôt l'absence de "complexité", de la mesure de mise en œuvre en l'espèce. Dans deux précédentes décisions arbitrales, il a été expressément reconnu que la complexité de la mise en œuvre proposée pouvant être l'une des "circonstances" pouvant influencer sur la longueur du "délai raisonnable".<sup>32</sup>

45. Les parties au présent différend ont des avis divergents quant au nombre exact de dispositions de la *Loi sur les brevets* du Canada qui doivent être modifiées.<sup>33</sup> Elles sont toutefois d'accord sur la nature de ces modifications. En réponse aux questions qui lui ont été posées à l'audience, le Canada a admis que le projet de loi proposé traitait de questions techniques de portée limitée. Ainsi, il reconnaît que sa demande concernant un "délai raisonnable" de 14 mois et deux jours ne se justifie pas par la "complexité" de la législation de mise en œuvre envisagée. Au contraire, le Canada semble admettre la position des États-Unis selon laquelle la modification législative requise est "simple".<sup>34</sup>

46. Un deuxième point de convergence entre les parties concerne l'importance, au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, des conséquences économiques de l'expiration de certains brevets pendant le "délai raisonnable" pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. Je rappelle l'affirmation des États-Unis selon laquelle, si le Canada est autorisé à différer la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD, des milliers de brevets continueront de venir à expiration "prématurément", ce qui causera un préjudice irréparable à leurs titulaires; chaque mois, en moyenne 1 149 brevets tomberont dans le domaine public en 2001.<sup>35</sup>

47. À l'audience, le Canada a accepté les statistiques présentées par les États-Unis, mais il estimait qu'elles étaient trompeuses car elles n'indiquaient pas si les brevets venant à expiration

---

<sup>32</sup> Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pharmaceutiques, supra*, note de bas de page 17, paragraphe 50. Voir aussi la décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Bananes, supra*, note de bas de page 9, paragraphe 19.

<sup>33</sup> D'après le Canada, la modification de l'article 45 de sa *Loi sur les brevets* entraîne non seulement une modification de l'article 78.1 de ladite Loi, mais aussi une modification de l'article 78.2 et 78.5 de sa *Loi sur les brevets* ainsi que de l'article 46 de l'"ancienne loi", c'est-à-dire l'article 46 tel qu'il était libellé avant octobre 1989. D'après les États-Unis, il apparaît que la modification de l'article 78.2 et 78.5 de la *Loi sur les brevets* du Canada et de l'article 46 de l'"ancienne loi" n'est pas nécessaire.

Afin d'éviter tout malentendu, je voudrais souligner que je suis conscient des limites de mon mandat dans le présent arbitrage, lequel a trait exclusivement à la détermination du "délai raisonnable" pour la mise en œuvre au titre de l'article 21:3 c). Voir la décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Hormones, supra*, note de bas de page 10, paragraphe 38; la décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/9, 23 février 1999, paragraphe 35; la décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques, supra*, note de bas de page 11, paragraphe 45; et la décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pharmaceutiques, supra*, note de bas de page 17, paragraphes 40 à 43.

"prématurément" avaient une quelconque importance du point de vue commercial. D'après le Canada,

50. Les États-Unis considèrent qu'il ressort clairement de précédentes décisions arbitrales que l'existence d'une controverse sur le plan intérieur, ou le "caractère contentieux" de la mise en œuvre proposée, n'est pas un facteur pertinent pour déterminer le "délai raisonnable". Ils se réfèrent à la décision arbitrale dans l'affaire *Canada – Brevets pharmaceutiques*, dans laquelle l'arbitre a dit ce qui suit:

par voie de législation en général. Ma seule tâche est de déterminer le "délai raisonnable" en l'espèce. Mon raisonnement s'applique donc à la présente affaire uniquement.

54. Je rappelle que le Canada est tenu de mettre l'article 45 de sa *Loi sur les brevets* en conformité avec ses obligations au titre de l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC*, qui prévoit que "[l]a durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt". L'article 33 prescrit un résultat précis. Il définit la date la plus rapprochée à laquelle la durée de la protection conférée par un brevet peut prendre fin.<sup>40</sup> Le Canada peut établir une durée de validité du brevet plus longue s'il le souhaite. Toutefois, il n'est pas autorisé à prévoir une période de protection du brevet inférieure à 20 ans à compter de la date du dépôt.

55. En prescrivant un résultat précis, c'est-à-dire la durée minimale de protection du brevet, l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC* diffère considérablement des dispositions qui ne limitent qu'accessoirement la marge discrétionnaire du législateur, en ce qui concerne par exemple les prohibitions de la discrimination entre produits ou services importés et produits ou services d'origine nationale. Une telle discrimination peut bien sûr être éliminée de plusieurs manières, alors qu'il ne peut être remédié à une violation de l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC* que d'une façon, c'est-à-dire en prévoyant la durée de protection du brevet minimale requise.

56. Ainsi, en ce qui concerne la durée minimale de protection du brevet, l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC* ne laisse aucune marge discrétionnaire ni aucun choix en matière législative. En modifiant sa *Loi sur les brevets*, le Canada doit veiller à ce que la durée de protection du brevet ne prenne pas fin avant l'expiration du délai de 20 ans à compter de la date du dépôt.

57. Le Canada ne peut pas contester, et ne conteste pas, ce raisonnement. Son argument a trait, en réalité, à des "choix concurrents en matière législative" qui se situent hors des limites strictes de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce. En particulier, le Canada a mentionné le point de vue de l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques, en

58. Le traitement des brevets existants qui bénéficient d'une durée de protection plus longue que la durée prescrite par l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC* peut être hautement sujet à controverse et étroitement lié sur le plan politique à la modification de l'article 45 de la *Loi sur les brevets* du Canada. Toutefois, comme je l'ai déjà dit, cette question se situe hors des limites strictes de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. Par conséquent, le "caractère contentieux" de cette question n'est certainement pas une "circonstance" que je devrais prendre en considération pour déterminer le "délai raisonnable" en l'espèce. Le Canada ne peut donc pas invoquer les choix législatifs et le caractère probablement conflictuel du débat au Parlement canadien pour justifier sa

publique. Le Canada a dit que, anticipant les observations que ferait l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – Article 110(5)*, il avait mis à profit la période suivant l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel par l'ORD.<sup>43</sup> À l'audience, le Canada a indiqué que le gouvernement avait pour objectif de déposer le projet de loi en première lecture au début de mars.

63. Le Canada a décrit en détail, dans sa communication écrite, les différentes étapes de la phase législative de son processus d'élaboration des lois. L'adoption de textes législatifs exige, essentiellement, trois lectures dans chacune des deux Chambres du Parlement canadien, la Chambre des communes et le Sénat. Le processus inclut un examen de la législation proposée par des comités, lequel a normalement lieu entre la deuxième et la troisième lecture. Une fois que la Chambre des communes a examiné le projet de loi, celui-ci est renvoyé au Sénat pour examen. Après avoir été approuvé par le Sénat, le projet reçoit la sanction royale du Gouverneur général. Les différentes étapes de ce processus et leur enchaînement sont précisément structurés et définis. Pour ce qui est du choix du moment et de la programmation en revanche, le processus est flexible, comme le Canada l'a reconnu à l'audience. L'utilisation de cette flexibilité n'exige pas le recours à des procédures extraordinaires.<sup>44</sup> Suivant des décisions arbitrales antérieures, je considère que cette flexibilité est un élément important pour établir le "délai raisonnable".<sup>45</sup>

64. Au bout du compte, il apparaît que le "délai raisonnable" est fonction du degré de priorité que le Canada donne à la modification de sa *Loi sur les brevets* pour la mettre en conformité avec ses obligations au titre de l'article 33 de l'*Accord sur les ADPIC*. Je reconnais que, dans toutes les



---

Claus-Dieter Ehlermann  
Arbitre