

Capsule

**Droit des brevets et droit de la
concurrence : une cession de
brevets peut-elle être considérée
comme un acte anticoncurrentiel
au sens de l'article 45 de la
*Loi sur la concurrence ?***

Nadia Perri*

1. INTRODUCTION	401
2. LES FAITS	401
3. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES.	402
4. LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE EN DATE DU 9 OCTOBRE 2003.	405
5. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL EN DATE DU 14 JUIN 2004	407

© CIPS, 2006.

* Avocate, Nadia Perri est membre de LEGER ROBIC RICHARD, s.e.n.c.r.l., un cabinet multidisciplinaire d'avocats, d'agents de brevets et d'agents de marques de commerce.

6.	LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE EN DATE DU 20 OCTOBRE 2004	408
6.1	Les conventions concernant l'exercice des droits de brevets doivent-elles respecter l'article 45 de la Loi ?	408
6.2	Les faits en litige démontrent-ils que les défenderesses ont adopté un comportement anticoncurrentiel aux termes de l'article 45 de la Loi ?	409
6.3	Les moyens de défense soulevés par les défenderesses sont-ils susceptibles d'entraîner le rejet de la poursuite de Apotex ?	410
7.	L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE EN DATE DU 2 NOVEMBRE 2005	411
7.1	Les conventions concernant l'exercice des droits de brevet doivent-elles respecter l'article 45 de la Loi	411
7.2	Les faits en litige démontrent-ils que les défenderesses ont adopté un comportement anticoncurrentiel aux termes de l'article 45 de la Loi ?	412
7.3	Les moyens de défense soulevés par les défenderesses sont-ils susceptibles d'entraîner le rejet de la poursuite de Apotex ?	412
7.4	L'opinion de la Cour d'appel	412
8.	CONCLUSION	413

1. INTRODUCTION

Il s'agit d'un arrêt¹ de la Cour d'appel fédérale (ci-après la « Cour d'appel ») cassant un jugement rendu par la Cour fédérale du Canada (ci-après la « Cour fédérale »). Dans cette cause, la Cour d'appel devait déterminer si une cession de brevets conformément à la *Loi sur les brevets*² pouvait être considérée comme un acte anticoncurrentiel au sens de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*³.

2. LES FAITS

Le 18 juin 1997, Eli Lilly and Company et Elli Lilly Canada Inc. (ci-après collectivement « Lilly ») ont intenté une poursuite contre Apotex Inc. (ci-après « Apotex ») devant la Cour fédérale, selon laquelle celle-ci prétendait que Apotex avait contrefait ses sept brevets sur des procédés relatifs à la fabrication de l'antibiotique céfalcloz. Lilly a modifié sa déclaration le 11 janvier 2001 afin d'ajouter un huitième brevet qui, d'après Lilly, aurait fait l'objet d'une contrefaçon.

Lilly était propriétaire de quatre des brevets auparavant mentionnés, suite à une cession à cet effet par Shionogi & Co. Ltd. (ci-après « Shionogi ») en 1995. Lilly était donc propriétaire de quatre desdits brevets avant la date où ladite cession a eu lieu.

Apotex invoquait pour sa part, en amendant son exposé de défense et sa demande reconventionnelle le 9 mars 2001, que la ces-

1. *Apotex Inc. c. Eli Lilly and Company*, 2005 CarswellNat 3562, 2005 FCA 361, <<http://www.canlii.org/ca/cas/fca/2005/2005fca361.html>> et <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/2005/2005fca361.shtml>> (CAF, coram les juges Desjardins, Evans, et Sharlow ; (2005-11-02), infirmant [2005] 2 RCF 225, 262 F.T.R. 154, 2004 CarswellNat 3733, 2004 CarswellNat 5255, 35 C.P.R. (4th) 155, 2004 CF 1445, <<http://www.canlii.org/ca/cas/fct/2004fc1445.html> et <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/2004fc1445.shtml>> en français à <<http://www.canlii.org/ca/jug/cfpi/2004/2004cf1445.html> et <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/2004/2004cf1445.shtml>> (CF, le juge Hugessen ; 2004-10-20).

2. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4 [ci-après la « Loi sur les brevets »].

3. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34 [ci-après la « Loi »].

sion effectuée par Shionogi en faveur de Lilly contrevenait à l'article 45 de la Loi et que, de ce fait, elle avait le droit de réclamer des dommages-intérêts conformément à l'article 36 de la Loi. Plus précisément, Apotex affirmait que Shionogi et Lilly (ci-après les « défenderesses ») avaient conspiré et s'étaient entendues pour empêcher, limiter et minimiser la fabrication de céfaclor.

En décembre 2002, Apotex a décidé d'intenter également une action contre Shionogi et a conséquemment amendé sa défense et sa demande reconventionnelle de façon à inclure Shionogi dans la poursuite opposant Apotex et Lilly.

3. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Les articles 32 et 45 de la *Loi sur la concurrence* sont ci-après reproduits :

32.(1) Chaque fois qu'il a été fait usage des droits et privilèges exclusifs conférés par un ou plusieurs brevets d'invention, par une ou plusieurs marques de commerce, par un droit d'auteur ou par une topographie de circuit intégré enregistrée pour :

a) soit limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce d'un article ou d'une denrée pouvant faire l'objet d'un échange ou d'un commerce ;

b) soit restreindre indûment l'échange ou le commerce à l'égard d'un tel article ou d'une telle denrée ou lui causer un préjudice indu ;

c) soit empêcher, limiter ou réduire indûment la fabrication ou la production d'un tel article ou d'une telle denrée, ou en augmenter déraisonnablement le prix ;

d) soit empêcher ou réduire indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange la vente, le transport ou la fourniture d'un tel article ou d'une telle denrée.

la Cour fédérale peut rendre une ou plusieurs des ordonnances visées au paragraphe (2) dans les circonstances qui y sont décrites.

45.(1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce d'un produit quelconque ;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix ;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens ;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

[...]

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'un ou plusieurs des actes suivants :

a) l'échange de données statistiques ;

b) la définition de normes de produits ;

c) l'échange de renseignements sur le crédit ;

d) la définition de termes utilisés dans un commerce, une industrie ou une profession ;

e) la collaboration en matière de recherches et de mise en valeur ;

f) la restriction de la réclame ou de la promotion, à l'exclusion d'une restriction discriminatoire visant un représentant des médias ;

g) la taille ou la forme des emballages d'un article ;

h) l'adoption du système métrique pour les poids et mesures ;

i) les mesures visant à protéger l'environnement.

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a réduit ou réduira vraisemblablement et indûment la concurrence à l'égard de l'un des sujets suivants :

a) les prix ;

b) la quantité ou la qualité de la production ;

c) les marchés ou les clients ;

d) les voies ou les méthodes de distribution.

ou si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans un commerce, une industrie ou une profession ou d'accroître une entreprise commerciale, industrielle ou professionnelle.

[...]

L'article 50 de la *Loi sur les brevets* est ci-après reproduit :

50.(1) Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l'intérêt, au moyen d'un acte par écrit.

(2) Toute cession de brevet et tout acte de concession ou translatif du droit exclusif d'exécuter et d'exploiter l'invention brevetée partout au Canada et de concéder un tel droit à des tiers sont enregistrés au Bureau des brevets selon ce que le commissaire établit.

(3) L'acte de cession, de concession ou de transport ne peut être enregistré au Bureau des brevets à moins d'être accompagné de l'affidavit d'un témoin attestant, ou à moins qu'il ne soit établi par une autre preuve à la satisfaction du commissaire, qu'un tel acte de cession, de concession ou de transport a été signé et souscrit par le cédant et aussi par chacune des autres parties à l'acte.

4. LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE EN DATE DU 9 OCTOBRE 2003⁴

Les défenderesses ont déposé trois requêtes devant la Cour fédérale.

D'abord, dans la première requête, Lilly recherchait le rejet de certains paragraphes contenus dans l'exposé de la défense et de la demande reconventionnelle de Apotex qui référaient à un comportement anticoncurrentiel de la part des défenderesses, ainsi que le rejet de la demande reconventionnelle de Apotex vis-à-vis Shionogi.

Dans la deuxième requête, Shionogi demandait à la Cour fédérale de rejeter la demande reconventionnelle la concernant.

Enfin, dans la troisième requête, Shionogi faisait appel d'une ordonnance rendue par la protonotaire Arnovitch refusant la radiation de la demande reconventionnelle de Apotex vis-à-vis Shionogi.

Les défenderesses prétendaient, en s'appuyant sur l'arrêt *Molnlycke AB c. Kimberly Clark of Canada Ltd.*⁵, que la cession de brevet était un exercice légitime d'un droit accordé aux titulaires des droits de brevets conformément à la *Loi sur les brevets*.

D'ailleurs, les défenderesses ont soulevé l'argument selon laquelle un tel exercice ne pouvait être considéré comme une activité anticoncurrentielle au sens de l'article 45 de la Loi.

4. *Eli Lilly and Company c. Apotex inc.*, 2003 CF 1171, <<http://www.canlii.org/ca/jug/cfpi/2003/2003cf1171.html>> (c.f., le juge Hugessen ; 2003-10-09).

5. *Kimberly-Clark of Canada Ltd. c. Procter & Gamble Inc. (1991)*, (sub nom. *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*) 36 C.P.R. (3d) 493, (sub nom. *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*) 132 N.R. 315, 49 F.T.R. 239 (note), 1991 CarswellNat 330 (Fed. C.A., coram les juges Mahoney, Stone, MacGuigan ; 1991-06-14) [ci-après « Molnlycke »].

Dans l'arrêt *Molnlycke*, la Cour d'appel a énoncé :

- i) que les brevets, de par leur nature, octroient des monopoles aux détenteurs de ceux-ci et entraînent de ce fait une diminution de la concurrence ;
- ii) que c'est l'existence du brevet même et non la façon par laquelle celui-ci est acquis qui amoindrit la concurrence ; et
- iii) qu'une convention concernant exclusivement une cession des droits de brevets ne peut être passible de poursuite judiciaire aux termes de la Loi.

Cependant, selon Apotex, le comportement adopté par les défenderesses allait au-delà du simple exercice d'un droit de brevet. Apotex a invoqué à cet égard le fait que la cession par Shionogi en faveur de Lilly a permis à cette dernière d'acquérir une emprise sur le marché et, de ce fait, ladite cession était assujettie aux dispositions prévues dans la Loi.

La Cour fédérale n'a pas pu partager l'opinion de Apotex. Selon la Cour fédérale, l'arrêt *Molnlycke* était un précédent d'application obligatoire et capital dans le litige opposant les défenderesses et Apotex.

Il incombait donc à Apotex, selon la Cour fédérale, de faire la preuve de l'existence d'un accord *autre* que la cession ayant pour effet de réduire indûment la concurrence. Une preuve matérielle de ce type n'a jamais été offerte par Apotex. Ainsi, la Cour fédérale était d'opinion que Apotex n'avait pas démontré à sa satisfaction qu'elle avait une cause d'action valable vis-à-vis les défenderesses.

La Cour fédérale a conclu, d'une part, que les amendements de l'exposé de la défense et de la demande reconventionnelle de Apotex n'aurait jamais dû être permis et, d'autre part, que la demande reconventionnelle de Apotex visant Shionogi aurait dû être radiée suite au dépôt d'une requête à cet effet par cette dernière.

Par conséquent, la Cour fédérale a accueilli les trois requêtes mentionnées ci-dessus.

Mécontente du jugement de la Cour fédérale, Apotex a interjeté appel dudit jugement devant la Cour d'appel.

5. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL EN DATE DU 14 JUIN 2004⁶

La Cour d'appel s'est dite en accord avec l'opinion de la Cour fédérale quant à l'application obligatoire de l'arrêt *Molnlycke*.

Toutefois, la Cour d'appel n'a pas partagé l'opinion de la Cour fédérale selon laquelle un tel arrêt s'appliquait dans la poursuite opposant Apotex et les défenderesses.

La thèse principale de *Molnlycke* est que le simple exercice des droits de brevets conformément à la *Loi sur les brevets* ne peut être illégal aux termes de l'article 45 de la Loi et ce, même dans le cas où un tel exercice amoindrit la concurrence.

Cependant, la Cour d'appel a énoncé que l'article 45 de la Loi s'appliquait lorsqu'il était démontré que des faits ou des circonstances *autres* qu'un tel exercice avaient incité l'affaiblissement dans la concurrence.

Apotex avait avancé l'argument selon lequel cette *autre chose* était le fait que la cession avait permis à Lilly d'acquérir des droits de brevets, lui permettant de contrôler tous les procédés commerciaux viables relativement à la fabrication de céfaco, alors que lesdits procédés étaient contrôlés par Shionogi et Lilly préalablement à la cession.

Ainsi, d'après Apotex, la convention de cession intervenue entre Lilly et Shionogi a précipité une réduction indue de la concurrence, en contravention avec le paragraphe 45(1) de la Loi.

La Cour d'appel a jugé que la Cour fédérale a erré en se concentrant sur le fait que la convention de cession était la seule preuve matérielle offerte par Apotex dans sa poursuite de conspiration à l'encontre des défenderesses.

La Cour d'appel était d'opinion que le principe émanant de l'arrêt *Molnlycke* n'empêchait pas la Cour fédérale d'évaluer si Apotex avait démontré l'existence d'autres occurrences et événements pouvant affecter la concurrence au sens de l'article 45 de la Loi.

6. *Apotex inc. c. Eli Lilly and Company*, 2004 CAF 232, <<http://www.canlii.org/ca/jug/caf/2004/2004caf232.html>> (CAF, coram les juges Linden, Rothstein et Malone ; 2004-06-14).

Par conséquent, la Cour d'appel a accueilli les trois requêtes des défenderesses pour lesquelles Apotex avait interjeté appel.

Ainsi, la Cour d'appel a conclu qu'il fallait renvoyer les trois requêtes à la Cour fédérale pour que celle-ci puisse les examiner à nouveau.

Selon la Cour d'appel, il était primordial que la Cour fédérale, en examinant les prétentions des défenderesses et de Apotex, considère les points suivants :

- i) si les ententes concernant l'exercice des droits de brevets sont assujetties au paragraphe 45(1) de la Loi ;
- ii) si les faits en litige démontrent, à la satisfaction de la Cour fédérale, que le comportement de Lilly et de Shionogi violait l'article 45 de la Loi ; et
- iii) en supposant que la Cour fédérale détermine que le paragraphe 45(1) s'applique dans le cas présent et que les défenderesses ont contrevenu à l'article 45, si l'action de Apotex en vertu de l'article 36 de la Loi peut échouer puisque a) la cause d'action de Apotex est prescrite, b) Apotex n'a subi aucun préjudice, ou c) les défenderesses sont exemptées aux termes du paragraphe 45(3) de la Loi.

6. LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE EN DATE DU 20 OCTOBRE 2004

La Cour fédérale a examiné les points que la Cour d'appel lui avait ordonné de réviser en rendant sa décision le 14 juin 2004.

6.1 Les conventions concernant l'exercice des droits de brevets doivent-elles respecter l'article 45 de la Loi ?

La Cour fédérale, sous la plume du juge Huggessen, a déterminé qu'en général les conventions relativement aux droits de brevets ne sont pas exonérées de l'application des dispositions contenues dans la Loi.

D'ailleurs, la Cour fédérale a affirmé que « where an agreement deals only with patent rights and is itself specifically authorized by the Patent Act, any lessening of competition resulting therefrom

being authorized by Parliament, is not « undue » and is not an offence under section 45 »⁷.

En d'autres termes, selon la Cour fédérale, ce sont uniquement les accords portant exclusivement sur l'exercice des droits de brevets qui sont susceptibles d'être exemptés de l'application du paragraphe 45(1) de la Loi.

6.2 Les faits en litige démontrent-ils que les défenderesses ont adopté un comportement anticoncurrentiel aux termes de l'article 45 de la Loi ?

La Cour fédérale a déterminé que la convention de cession intervenue entre les défenderesses avait précipité :

- i) un accroissement dans le pouvoir monopolistique de Lilly ;
et
- ii) une réduction de la concurrence en raison du fait que Lilly était le propriétaire de tous les brevets déterminants pour la fabrication de céfaclor.

Bref, la Cour fédérale a affirmé que Lilly bénéficiait d'un monopole quant aux procédés de production relativement à l'antibiotique céfaclor.

Malgré cette conclusion, la Cour fédérale a conclu que ladite réduction de la concurrence ne pouvait être *indue* puisque autorisée par le Parlement et ne visant que la cession autorisée de brevets.

La Cour fédérale était d'opinion que les brevets, de par leur nature, ont pour effet d'augmenter la position de domination de leurs propriétaires dans un marché en particulier.

Ainsi, le Parlement autorise les propriétaires de brevets à céder ces derniers en faveur de tierces parties de leur choix par le biais d'une convention de cession. Par conséquent, lesdites conventions ont nécessairement comme effet de transférer le pouvoir monopolistique des propriétaires de brevets, c'est-à-dire des cédants au cessionnaire et, de ce fait, d'augmenter le pouvoir monopolistique de ce dernier.

7. *Supra*, note 1.

Tel que demandé par la Cour d'appel, la Cour fédérale a procédé à une évaluation des arguments avancés par Apotex et a conclu que cette dernière n'avait pas démontré l'existence de *l'autre chose* à laquelle référait la Cour d'appel en rendant son jugement le 14 juin 2004. D'ailleurs, la Cour fédérale a conclu ainsi en raison du fait que la convention sur laquelle était fondée l'allégation de conspiration était strictement la convention de cession intervenue entre Shionogi et Lilly.

La Cour fédérale était d'avis que Apotex n'avait jamais offert aucun autre élément de preuve susceptible de justifier sa poursuite vis-à-vis les défenderesses en vertu de l'article 45 de la Loi.

6.3 Les moyens de défense soulevés par les défenderesses sont-ils susceptibles d'entraîner le rejet de la poursuite de Apotex ?

Les moyens de défense soulevés par les défenderesses sont les suivants :

- i) Apotex n'a pas entamé sa procédure judiciaire contre les défenderesses à l'intérieur du délai prescrit ;
- ii) Apotex ne s'est jamais déchargée de son fardeau de preuve en démontrant qu'elle avait subi un préjudice ; et
- iii) l'exonération fondée sur la recherche et le développement conformément au paragraphe 45(3) de la Loi s'appliquait dans le cas présent.

Quant aux premier et troisième moyens de défense mis de l'avant par les défenderesses, la Cour fédérale a conclu que « there is sufficient conflict and lack of clarity in the relevant evidence on the questions of foreseeability and the reach of the 1975 research and development agreement between Lilly and Shionogi that those questions are not suitable for summary judgement and should only be resolved after a full trial »⁸.

En ce qui concerne le deuxième moyen de défense avancé par les défenderesses, la Cour fédérale ne pouvait déterminer si ce moyen pouvait réussir dans l'éventualité où Apotex aurait gain de cause relativement à sa poursuite vis-à-vis les défenderesses et ce,

8. *Ibid.*

en dépit du fait que ladite défense s'appuyait sur les admissions de Apotex à l'effet que :

- i) Apotex n'était pas retardée dans la mise en marché de sa version de céfador ; et
- ii) le préjudice subi par Apotex se limitait aux dommages intérêts que celle-ci pourrait être obligée de remettre à Lilly advenant le cas où la Cour fédérale conclurait que Apotex avait violé les droits de brevets de Lilly.

Par conséquent, la Cour fédérale a accueilli à nouveau les requêtes en jugement sommaire déposées par les défenderesses.

Apotex a opté de se pourvoir en appel pour une deuxième fois devant la Cour d'appel.

7. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE EN DATE DU 2 NOVEMBRE 2005

La Cour d'appel a étudié et a tranché les points qu'elle avait préalablement ordonné à la Cour fédérale d'étudier.

7.1 Les conventions concernant l'exercice des droits de brevets doivent-elles respecter l'article 45 de la Loi ?

D'abord, la Cour d'appel a déclaré que l'article 50 de la *Loi sur les brevets* ne peut avoir comme effet d'exonérer une convention de cession de brevet de l'obligation de respecter l'article 45 de la Loi. D'ailleurs, la Cour d'appel a affirmé que c'est ainsi lorsque « the assignment increases the assignee's market power in excess of that inherent in the patent rights assigned »⁹.

De plus, la Cour d'appel a estimé que, lorsqu'une convention de cession produit un tel effet, ladite convention est assujettie à l'article 45 de la Loi et ce, en dépit du fait que ladite cession est autorisée conformément à la *Loi sur les brevets*.

9. *Ibid.*

7.2 Les faits en litige démontrent-ils que les défenderesses ont adopté un comportement anticoncurrentiel aux termes de l'article 45 de la Loi ?

Les défenderesses ont allégué que le fait que Shionogi s'est vu accorder une licence non exclusive selon laquelle cette dernière avait le droit d'utiliser les brevets de procédés démontrait que la concurrence n'était pas réduite.

De plus, selon les défenderesses, il y avait deux fournisseurs, que ce soit avant ou après la cession, auxquels des concurrents pouvaient s'adresser afin d'acheter du céfclor ou rechercher une licence en ce qui a trait à la fabrication de celui-ci.

D'abord, la Cour d'appel a déclaré qu'elle ne pouvait, en l'absence d'erreur évidente et dérogatoire, remettre en question la conclusion de la Cour fédérale à l'effet que la cession de Shionogi en faveur de Lilly avait eu pour effet de diminuer la concurrence.

7.3 Les moyens de défenses soulevés par les défenderesses sont-ils susceptibles d'entraîner le rejet de la poursuite de Apotex ?

La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour fédérale à l'effet que les questions suivantes soient tranchées lors du procès :

- i) la poursuite de Apotex est-elle prescrite ? et
- ii) Apotex a-t-elle subi un préjudice suite à la cession des brevets par Shionogi en faveur de Lilly ?

Toutefois, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur le troisième moyen de défense soulevé par les défenderesses, à savoir que la dispense fondée sur la recherche et le développement prévue au paragraphe 45(3) de la Loi s'appliquerait à l'affaire en cause.

7.4 L'opinion de la Cour d'appel

En somme, la Cour d'appel était d'opinion que la convention de cession intervenue entre Lilly et Shionogi avait effectivement eu comme effet de limiter la concurrence.

D'abord, la Cour d'appel était d'opinion qu'il incombait au juge de première instance de déterminer si une telle diminution était induite aux termes de l'article 45 de la Loi.

Selon la Cour d'appel, le juge de première instance devait également examiner si une telle limitation était induite suivant les critères établis dans le document intitulé « La Propriété Intellectuelle-Lignes directrices pour l'application de la loi »¹⁰, lequel décrit la façon dont le Bureau de la concurrence détermine si un comportement concernant la propriété intellectuelle est un point à être considéré aux termes de la Loi.

Enfin, la Cour d'appel a jugé qu'il revenait au juge de première instance d'étudier plus en profondeur la validité des moyens de défenses soulevés par les défenderesses.

La Cour d'appel a ultimement décidé que l'appel de Apotex devait être accueilli. La Cour d'appel a donc renversé la décision de la Cour fédérale et a rejeté les requêtes visant un jugement sommaire et la demande reconventionnelle de Apotex, ainsi que la radiation de certains paragraphes de l'exposé de défense de cette dernière.

En date des présentes, la Cour fédérale ne s'est pas prononcée sur lesdits points.

8. CONCLUSION

Les contrats tels que les licences et les cessions ne sont pas passibles de poursuite judiciaire en soi en vertu de l'article 45 de la Loi. Essentiellement, les dispositions prévues dans la Loi ainsi que les critères stipulés dans les Lignes directrices établissent les circonstances où il sera nécessaire pour le Bureau de la concurrence d'intervenir à des conventions d'affaires afin de maintenir les marchés concurrentiels. Chaque circonstance devra donc être traitée séparément.

Il est incontestable que la propriété intellectuelle en soi diminue et empêche la concurrence. Autrement, les détenteurs de propriété intellectuelle ne dépenseraient pas des sommes d'argent substantielles à chaque année pour la surveillance des activités de

10. Bureau de la concurrence, *Propriété intellectuelle – lignes directrices pour l'application de la loi* (Hull, Industrie Canada, 2000) [ci-après les « Lignes directrices »].

leurs concurrents, ainsi que pour poursuivre en justice ceux qui menacent le privilège dont ils bénéficient.

Ainsi, la possession de propriété intellectuelle sous-entend le droit pour les détenteurs de celle-ci de décider où, quand et à quel prix une tierce partie peut en faire l'usage.

La concession de licences est une des multiples façons pour les détenteurs de propriété intellectuelle d'autoriser des tierces parties à utiliser celle-ci. De plus, dans la grande majorité des cas, une telle concession est considérée comme étant pro-concurrentielle, puisqu'elle facilite l'utilisation, dans un marché donné, de la propriété intellectuelle par des individus autres que ses détenteurs.

D'ailleurs, une convention de licence intervenue entre deux concurrents potentiels peut également entraîner la conception d'un nouveau produit qui n'aurait pas été développé autrement. Dans un tel cas, le niveau de concurrence sur le marché serait accru grâce à la convention de licence.

Bien que, dans certaines circonstances, la conclusion de conventions de licence peut améliorer la concurrence, celle-ci peut néanmoins réduire la concurrence et renforcer une puissance commerciale d'une, de deux ou de toutes les parties auxdites conventions, comme c'était le cas dans la présente affaire.

Préalablement à la conclusion de la convention de cession avec Shionogi, Lilly contrôlait quatre des brevets de procédés utiles à la fabrication de céfactol. Suite à la cession des brevets dont Shionogi était propriétaire en faveur de Lilly, celle-ci contrôlait *tous* les brevets de procédés relatifs à la production de céfactol. Le résultat de la convention de cession des brevets a été d'augmenter le pouvoir monopolistique de Lilly, un fait qui n'a jamais été mis en question ni par la Cour fédérale, ni par la Cour d'appel.

Le fait que Lilly avait octroyé, subséquemment à la cession, une licence non exclusive pour le bénéfice de Shionogi n'a pas eu pour effet d'oblitérer le fait que la concurrence avait été réduite suite au renforcement de la puissance commerciale de Lilly et que malgré cela, Lilly contrôlait les brevets licenciés en raison du fait que ladite convention de cession prévoyait que Shionogi ne pouvait, à son tour,

accorder des licences sans obtenir préalablement l'autorisation de Lilly.

Bref, cette affaire confirme que les détenteurs de propriété intellectuelle devraient être conscients du fait que la concession de licences à des tierces parties ne démontre pas nécessairement leur volonté de participer au marché.