

Vol. 18, n° 1

L'éthique et le régime des brevets, une question d'actualité

Gaëlle Beauregard*

1. Introduction	15
2. Une disposition interdisant les inventions qui ont un objet illicite dans la loi canadienne sur les brevets	16
2.1 Raison d'être de la disposition	16
2.2 L'abrogation de la disposition	19
3. Questions d'éthique et la <i>Loi sur les brevets</i> actuelle.	20
3.1 Disposition sur l'ordre public et la moralité dans la <i>Loi sur les brevets</i>	21
3.2 Questions d'éthique tranchées en dehors du régime des brevets	23
3.3 La Consultation de 2001 du Comité consultatif canadien de la biotechnologie	25
4. Comparaisons à l'international	27
4.1 L'Union européenne	27

© Gaëlle Beauregard, 2005.

* Avocate chez Carswell/Blais. Lauréate du Prix 2005 des *CPI*.

4.2	<i>L'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce</i>	33
4.3	Les États-Unis	35
4.4	L'Australie	40
5.	Conclusion	42

1. Introduction

Les tentatives de breveter des gènes, dont la demande de brevet relative à l'oncosouris de l'Université Harvard, ont déclenché un débat sur l'éthique en matière de brevet. L'oncosouris devait-elle ou non être brevetée, ce à quoi la Cour suprême du Canada a répondu, à la majorité, par un non ferme. La majorité énonce qu'il revient au législateur de permettre ce type d'inventions. La *Loi sur les brevets*¹ du Canada est actuellement silencieuse sur la question. Elle a, cependant, déjà contenu une disposition interdisant les brevets dont l'objet était illicite. Cette disposition fut abrogée en 1993, sans trop susciter de commentaires. Mais qu'est-ce qui avait motivé son adoption au départ ? Et pourquoi a-t-elle été abrogée, et non remplacée ? Par ailleurs, l'*Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*², entré en vigueur en 1994, prévoit, à l'article 27, la possibilité, pour les pays membres, d'adopter une règle interdisant les inventions dont la commercialisation est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Bien avant cela, l'Union européenne avait adopté une disposition à cet effet dans sa *Convention sur le brevet européen*. Le Canada devrait-il faire de même et ajouter une disposition dans sa *Loi sur les brevets* ? Ou devrait-il plutôt adopter un régime parallèle à celui de la *Loi sur les brevets*, qui aurait pour objet de trancher les questions d'éthique lorsqu'elles seraient soulevées ? Le présent article va répondre à toutes ces questions en détail. À part le Canada, les États-Unis et l'Australie n'ont pas non plus de disposition interdisant la brevetabilité pour motif d'ordre public ou de moralité dans leur loi sur les brevets. Afin de mieux cerner la question de la nécessité d'une telle disposition pour le Canada, un regard sur ce qui se passe ailleurs dans le monde s'impose. Par conséquent, la disposition contenue dans la CBE sera examinée de plus près, puis la situation aux États-Unis et en Australie sera commentée.

1. L.R.C. (1985), c. P-4.

2. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3).

2. Une disposition interdisant les inventions qui ont un objet illicite dans la loi canadienne sur les brevets

2.1 Raison d'être de la disposition

L'interdiction d'obtenir un brevet pour une invention ayant un objet illicite existe depuis les balbutiements du Dominion du Canada. En effet, la toute première loi canadienne sur les brevets³ énonçait, à la fin de son article 6, qu'« il ne sera pas concédé de brevet pour des inventions ou découvertes ayant pour objet des choses illicites, ni pour les découvertes purement scientifiques ou des théorèmes abstraits. » Les dispositions de la loi de 1869 copient majoritairement celles de la loi américaine sur les brevets de 1836⁴, mais celle-ci ne contient pas de semblable disposition. La disposition en question semble apparaître de nulle part, parce que les lois du Bas Canada et du Haut Canada sur les brevets, les premières au Canada dans ce domaine, ne contiennent aucune disposition de ce genre.

Même si le droit des brevets canadien est d'origine législative, en ce qu'il copie la loi américaine, et non le régime de prérogatives britannique, on peut certainement conclure que l'interdiction d'avoir un objet illicite découle du *Statute of Monopolies*⁵ adopté par le roi d'Angleterre James 1^{er} en 1624. En effet, le *Statute of Monopolies* visait à mettre un terme aux multiples monopoles accordés par la reine Élisabeth 1^{ère} et par le roi James 1^{er} lui-même. Le *Statute of Monopolies* interdit les monopoles et les déclare contraires à la loi. Selon son article II, tout brevet qui sera accordé devra être examiné, afin de déterminer s'il est conforme à la *common law* du royaume :

II. And be it further declared and enacted by the authoritie aforesaid that all monopolies and all such commissions graunts licences charters letters patents proclamacions inhibicions restraints warrants of assistance and all other matters and things tendige as aforesaid, and the force and validitie of them and every of them ought to be, and shalbe for ever hereafter examyned heard tryed and determined by and accordinge to the common lawes of this Realme & not otherwise.⁶

3. *Acte concernant les Brevets d'Invention*, 32-33 Vict. 1869, c. 11.

4. *An Act to promote the congress of useful arts, and to repeal all acts and parts of acts heretofore made for that purpose*, chap. 356, Stat. 1 (1836).

5. 21 Ja. I, c. 3.

6. Tiré de Harold G. FOX, *Monopolies and Patens, A Study of the History and Future of the Patent Monopoly* (Toronto, The University of Toronto Press, 1947), p. 339.

L'article V du *Statute of Monopolies* énonce que les brevets qui seront accordés ne devront pas être utilisés de façon contraire à la loi ou nuisible à l'État :

V. Provided nevertheless and be it declared and enacted, that any declaracion before mentioned shall not extend to any letters patents, and graunts of priviledge for the tearme of one-and-twentie yeares or under, heretofore made of the sole workinge or makinge of any manner of newe manufacture within this Realme, to the first and true inventor or inventors of such manufactures which others att the tyme of makinge of such letters patents and graunts did not use soe they be not contrary to the lawe nor mischievous to the State by raisinge of the prices of commodities at home, or hurt of trade, or generallie inconvenient, but that the same shalbe of such force as they were or should be if this Act had not bene made and of none other ; and if the same were made for more than one and twentie yeares, that then the same for the tearme of one and twentie years onely, to be accompted from the date of the first letters patents and graunts thereof made, shalbe of such force as they were or should have byn yf the same had bene been made but for tearme of one-and-twentie yeares onely, and as if this act had never bene had or made, and of none other.

[Les italiques et les soulignements sont nôtres.]

Si l'histoire a démontré que le *Statute of Monopolies* n'a pas, dans les faits, mis un terme aux abus de monopoles, il était toujours invoqué dans l'Angleterre du 19^e siècle. D'ailleurs, il est même incorporé à la loi australienne sur les brevets, la *Patents Act, 1990*⁷.

Ainsi, il ne pouvait être délivré de brevet si l'objet de l'invention était contraire à la loi. Et c'est justement ce que veut dire le terme « illicite ». Selon l'auteur Harold J. Fox, « it is felt that the term « illicite » would embrace anything prohibited by law or public morals. »⁸ Ce qui est donc interdit par la loi ou la moralité publique serait « illicite ». Il est clair que ce qui constitue un « objet illicite » ne peut qu'évoluer avec les mœurs de la société et dépendre du point de vue

7. *Patents Act 1990* (Cth), Act No 83 of 1990. Par exemple, l'article 18 (1) énonce : « Subject to subsection (2), an invention is a patentable invention for the purposes of a standard patent if the invention, so far as claimed in any claim : (a) is a manner of manufacture within the meaning of section 6 of the Statute of Monopolies, and [...] ».

8. Harold G. FOX, *The Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Invention*, 4^e éd. (Toronto, Carswell, 1969), p. 54.

du tribunal chargé de trancher la question⁹. Fox ajoute que l'interdiction de l'objet illicite découle du fait que, à l'origine, le droit des brevets avait pour but d'encourager la création d'inventions pour le bien public. Si l'invention avait un objet illicite, le brevet accordé à son égard ne pouvait reposer que sur une proposition fautive et serait donc nul en vertu de la *common law*¹⁰. Un livre de doctrine du début du siècle révèle que la disposition a déjà été invoquée par l'Office des brevets pour refuser un brevet sur des composés de margarine, le *Code criminel* de l'époque interdisant la production de ceux-ci¹¹. Finalement, il faut spécifier que le fait qu'un brevet, dont l'objet a pour but d'éviter l'application de la loi, ne le rend pas, de ce fait, invalide.

La *Loi sur les brevets* a été plusieurs fois modifiée, et l'interdiction a changé de place, sa dernière version résidant dans l'ancien paragraphe 27(3) de la loi révisée en 1985¹² :

27(3) Il ne peut être délivré de brevet pour une invention dont l'objet est illicite, non plus que pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.¹³

La disposition n'a fait l'objet d'aucune interprétation jurisprudentielle. Si elle est quelquefois citée dans la jurisprudence canadienne, c'est en raison de la disposition qui l'accompagne depuis 1869, soit l'interdiction de breveter des « découvertes purement scientifiques ou des théorèmes abstraits » ou, dans les versions plus récentes, « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ». Fox note, dans la quatrième édition de son livre¹⁴, qu'à ce moment-là, en 1969, la disposition n'avait toujours pas fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle par les tribunaux canadiens. Une recherche jurisprudentielle tend à démontrer que c'était toujours le cas au moment de son abrogation en 1993¹⁵. Le paragraphe 27(3) sera finalement abrogé, sans provoquer de remous, dans le cadre d'autres modifications¹⁶.

9. *Id.*, p. 25.

10. *Id.*

11. Harold FISHER et Russell SMART, *Canadian Patent Law and Practice* (Toronto, Canada Law Book Company Limited, 1914), p. 54.

12. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4.

13. Article 28(3) avant la révision de 1985 par le gouvernement fédéral.

14. H. G. FOX, *op. cit.*, note 8, p. 156.

15. Ce que confirme un article de doctrine : Stephanie CHONG, « The Relevancy of Ethical concerns in the Patenting of Life Forms », (1993) 10 *C.I.P.R.* 189, 197.

16. En effet, les *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-115, Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, 3^e sess., 34^e législ., 1993, ne mentionnent absolument pas la disposition qui abroge

2.2 L'abrogation de la disposition

C'est l'*Accord sur le libre-échange nord-américain*¹⁷ qui est à l'origine de l'abrogation de la disposition. Mais revenons un peu en arrière.

Pendant les années 80 et 90, le Canada a négocié trois accords commerciaux : l'*Accord sur le libre-échange (ALE)*¹⁸ ; l'*Accord sur le libre-échange nord-américain (ALENA)*¹⁹ ; et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ci-après désigné « les ADPIC »). L'ALE ne contenait aucune obligation de la part du Canada ou des États-Unis relativement aux droits de propriété intellectuelle, mis à part un engagement des parties de travailler dans le but d'améliorer la protection internationale pour la propriété intellectuelle.

L'ALENA et les ADPIC auront un impact sur le régime de propriété intellectuelle canadien. Au moment où les États parties à l'ALENA ont commencé à négocier les dispositions sur la propriété intellectuelle, les négociations pour les ADPIC étaient déjà commencées. Les négociateurs de l'ALENA se sont inspirés des textes des ADPIC pour rédiger leurs dispositions sur la propriété intellectuelle. C'est ce qui explique pourquoi les dispositions du chapitre 17 de l'ALENA sont semblables à celles des ADPIC. L'article 1709(1) exige des pays signataires de l'ALENA qu'ils rendent les brevets disponibles aux inventions de tous les domaines technologiques, qu'il s'agisse de produits ou de procédés, à condition que ces inventions soient nouvelles, résultent d'une activité inventive et soient susceptibles d'application industrielle²⁰. Cette disposition est semblable au paragraphe 27(1) des ADPIC²¹. Quant à l'article 1709(2), il permet

le paragraphe 27(3), sauf pour dire qu'elle a été adoptée avec dissidence (11 mai 1993). Tout porte à croire que la modification a été vue comme une simple modification mineure visant à rendre la *Loi sur les brevets* conforme à l'ALENA.

17. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 no 2.

18. *Accord de libre-échange*, L.C. 1988, ch. 65, Annexe, Partie A.

19. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, précité, note 2.

20. Article 1709(1) : « 1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, chacune des Parties pourra accorder un brevet pour toute invention, qu'elle se rapporte à un produit ou à un procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Aux fins du présent article, une Partie pourra considérer les expressions « activité inventive » et « susceptible d'application industrielle » comme synonymes, respectivement, des termes « non évident » et « utile ». ».

21. Texte de l'article 27(1) des ADPIC.

aux pays signataires de ne pas permettre la brevetabilité d'inventions dont l'exploitation commerciale serait notamment contraire à l'ordre public ou à la moralité²². C'est justement l'article 1709(2) qui est à l'origine de l'abrogation de l'interdiction d'objet illicite dans l'ancien paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets*. En effet, comme le paragraphe 27(3) ne précisait pas qu'empêcher l'exploitation commerciale de l'invention était nécessaire pour protéger l'ordre public ou la moralité, l'interdiction d'avoir un objet illicite a été supprimée du paragraphe 27(3)²³. Il faut d'ailleurs souligner que l'article 1709 de l'ALENA réfère à l'exploitation commerciale de l'invention, et non à son objet. Ainsi, en 1993, l'article 192 de la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*²⁴ abroge le paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* et le remplace par la seule interdiction de délivrer un « brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques. »²⁵

3. Questions d'éthique et la *Loi sur les brevets* actuelle

Depuis 1993, la *Loi sur les brevets* canadienne ne contient donc plus de disposition interdisant des brevets pour des motifs d'éthique. Devant les tentatives des dernières années de breveter des gènes ou autres inventions biotechnologiques à caractère controversé (comme l'oncosouris ou la brebis Dolly), plusieurs personnes se demandent si

22. Article 1709(2) : « 2. Une Partie pourra exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur son territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à la nature ou à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que la Partie interdit l'exploitation commerciale sur son territoire du produit qui fait l'objet du brevet. 2. Une Partie pourra exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur son territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à la nature ou à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que la Partie interdit l'exploitation commerciale sur son territoire du produit qui fait l'objet du brevet. » Dans la version anglaise de l'article, on utilise aussi l'expression « ordre public », considérée comme plus claire que sa traduction en anglais, « public order ».

23. Voir Warren N. SPRIGINS, « The Impact of the *NAFTA Amendment Act* on Canadian IP Statutes », (1994) 10. *C.I.P.R.* 746, 753.

24. L.C. 1993, c. 44.

25. Article 192 : « Le paragraphe 27(3) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit : (3) Il ne peut être délivré de brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques. » Le *Projet de loi C-115, Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, 1^{ère} lecture, 3^e sess., 34^e législ., 25 février 1993, mentionne que l'article 196 (devenu plus tard l'article 192) met en œuvre l'article 1709 de l'ALENA (p. 144-144a du *Projet de loi C-115*).

la loi canadienne ne devrait pas contenir une disposition permettant l'examen des questions d'éthique pendant le processus de délivrance du brevet. D'autres, par ailleurs, sont en faveur d'un régime législatif parallèle à la loi, qui étudierait les questions d'éthique après la délivrance du brevet. L'un comme l'autre serait possible au Canada puisque tant l'article 1709(2) de l'ALENA que l'article 27(2) des ADPIC permettent aux pays membres de légiférer pour interdire les inventions dont l'exploitation commerciale est contraire à l'ordre public ou à la moralité. Examinons de plus près divers arguments de part et d'autre.

3.1 Disposition sur l'ordre public et la moralité dans la Loi sur les brevets

D'aucuns avancent qu'il serait plus simple et plus approprié que la *Loi sur les brevets* contienne des dispositions sur l'ordre public et la moralité. Sans nécessairement appuyer cette position, l'auteur John R. Rudolf avance que la *Loi sur les brevets* interdit déjà des brevets pour motif d'ordre public²⁶. En effet, il établit un lien entre l'interdiction de breveter des traitements médicaux et une telle disposition. Si la loi interdit les brevets pour les traitements médicaux, dit-il, c'est pour motif d'ordre public. Comme la loi le fait déjà, rien n'empêcherait d'y insérer une disposition interdisant d'autres inventions contraires à l'ordre public.

Quant à l'auteur W.A. Adams, elle réfute l'argument qu'acceptent implicitement les juges dissidents et majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)* voulant que la *Loi sur les brevets* soit neutre sur le plan de l'éthique²⁷. Selon elle, la neutralité du régime des brevets est un mythe entretenu par le droit négatif d'exclure que constitue le brevet. Elle soutient que le brevet n'accorde pas seulement le droit négatif d'exclure, mais aussi un droit de propriété complet sur l'objet du droit. Elle ajoute que l'interprétation du juge Binnie, selon laquelle l'article 42 de la *Loi sur les brevets* ne confère qu'un droit d'exclure, n'est justement pas compatible avec le libellé même de l'article, qui énonce que « [t]out brevet [...] accorde, [...] le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de

26. John R. RUDOLF, « Issues Relating to the Patentability of Biotechnological Subject Matter », 1996.

27. W. A. ADAMS, « The Myth of Ethical Neutrality : Property, Patents, Animal Rights and Animal Welfare in *Commissioner of Patents v. President and Fellows of Harvard College* », (2003) 39 *Can. Bus. L. J.* 181.

l'invention [...].²⁸ » Le texte même de la loi appuie donc l'approche unitaire qu'elle préconise, soit que les questions d'éthique et de moralité soient déterminées dans le cadre du processus de délivrance des brevets. L'objection fondée sur une question d'éthique doit être abordée au moment de l'examen de la brevetabilité de l'invention, en même temps que les critères traditionnels de la nouveauté, de l'utilité, et du caractère non évident de l'invention²⁹.

Comme l'État confère au breveté un droit exclusif, ne devrait-il pas dès lors être responsable de ce qu'il autorise ? En effet, les auteurs Cornish et Llewellyn³⁰ estiment que « [t]he State, as granting authority, cannot disclaim responsibility for the inventions for which it grants protection. »³¹ L'État, disent-ils, ne devrait pas pouvoir invoquer le fait que le brevet confère un droit exclusif négatif pour pouvoir omettre de déterminer si une invention est trop dangereuse pour mériter de se voir octroyer un brevet. Le pouvoir de refuser un brevet pour motif d'ordre public ou de moralité doit certes être utilisé avec prudence, mais il se doit de faire partie de la législation sur les brevets³².

Dans le cadre d'un texte sur le concept d'invention³³, le Professeur Vaver appuie la remarque de Cornish³⁴, et rajoute que « [l]es inventeurs ne peuvent se prévaloir d'un droit naturel à tirer un profit d'une activité immorale ou susceptible de provoquer des troubles sociaux, quand bien même leur invention serait ingénieuse.³⁵ » Il fait une suggestion pertinente à notre sujet : la législation sur les brevets devrait être modifiée pour exclure les inventions contraires à l'intérêt public. Il suggère que la loi dise nommément ce qui devrait être exclu, et qu'elle soit modifiée souvent, afin de tenir compte de l'évolution des mœurs de la société. Il suggère aussi la création d'un comité sur l'éthique et l'intérêt public qui déterminerait quelles inventions

28. Selon elle, l'interprétation du juge Binnie est plus compatible avec la disposition américaine équivalente, 35 U.S.C. §154, puisque celle-ci ne mentionne aucun droit positif (p. 192-193).

29. W. A. ADAMS, *loc. cit.*, note 27, 194.

30. William CORNISH et David LLEWELLYN, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, (London, Sweet & Maxell, 2003), p. 833-834.

31. *Id.*, p. 833.

32. *Id.*

33. David VAVER « Le concept d'invention en droit des brevets : bilan et perspective » dans Michel VIVANT (dir.), *Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, (Paris, La documentation française, 2003), 271.

34. Faisant référence à William R. CORNISH, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* 4^e éd., (London, Sweet & Maxwell 1999), p. 228.

35. D. VAVER, *loc. cit.*, note 33, 286.

ne devraient pas être brevetables pour motif d'intérêt public, et qui aurait le pouvoir de révoquer tout brevet notamment contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs³⁶.

3.2 Questions d'éthique tranchées en dehors du régime des brevets

Plusieurs personnes avancent que la *Loi sur les brevets* n'est pas le forum approprié pour une disposition sur l'ordre public et les bonnes mœurs. Certains soutiennent qu'une autre loi, créant un processus distinct, devrait être adoptée pour traiter des questions d'éthique. L'argument qui revient le plus fréquemment est que les examinateurs de brevets n'ont ni les compétences ni la formation pour décider si une invention est contraire à l'ordre public ou à la moralité. Par ailleurs, soutient-on, la société évolue : ce qu'elle considérait hier comme immoral ne l'est plus nécessairement aujourd'hui, ou ne le sera peut-être plus demain. La législation sur les brevets ne serait pas intrinsèquement le moyen approprié pour contrôler l'usage qui est fait d'une invention, puisque la loi ne régit pas l'usage même qu'on fait des inventions ; elle ne fait qu'accorder au breveté le droit exclusif d'empêcher les autres d'utiliser son invention et non le droit d'exploiter son invention. Certains soutiennent également que l'absence de brevet n'empêche aucunement l'utilisation ou la commercialisation de l'invention considérée contraire à l'ordre public ou à la moralité. Une interdiction dans la *Loi sur les brevets* ne serait donc pas utile et ne ferait qu'alourdir inutilement le processus de délivrance des brevets.

Dans l'arrêt sur l'oncosouris, *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*³⁷, les juges majoritaires et dissidents de la Cour suprême du Canada s'entendaient pour dire que les préoccupations en matière d'éthique ne devraient pas se soulever pendant le processus du brevetage, mais plutôt à l'étape de la recherche et du développement ou à celle de l'exploitation de l'invention. Le juge Binnie, écrivant les motifs de la dissidence, estime que le législateur, en abrogeant l'ancien paragraphe 27(3) et en ne le remplaçant pas, signifiait ainsi son intention que la *Loi sur les brevets* demeure neutre et que les questions d'éthique soient régies par d'autres mécanismes, extérieurs à la loi³⁸. Il est significatif pour lui que le législateur n'a adopté aucune disposition sur l'ordre public et la moralité

36. *Id.*, p. 296-297.

37. [2002] 4 R.C.S. 45.

38. *Id.*, par. 14.

lorsqu'il a modifié la loi pour la rendre conforme à l'ALENA et, plus tard, aux ADPIC³⁹. Il souligne que le projet de loi sur la procréation assistée, qui interdit notamment le clonage humain, n'interdisait pas les brevets sur le clonage humain. Cela n'a pas changé dans la loi, qui a depuis été adoptée⁴⁰. Selon lui, il s'agit d'un exemple que la brevetabilité d'une invention et que la réglementation qui est liée à cette même invention sont deux choses distinctes⁴¹. Il souligne, par ailleurs, que la non-brevetabilité n'empêche ni l'exploitation de l'invention ni la recherche⁴².

Dans son livre sur le régime de brevets des ADPIC⁴³, l'auteur Nuno Pires de Carvalho soutient que l'exclusion de la brevetabilité d'une invention contraire à la moralité publique ne sert à rien. Selon lui, ce type d'exclusion vise à empêcher la recherche dans un domaine qui porte offense ; mais, comme le brevet n'est qu'un stimulant, qu'un outil pour favoriser les technologies, tel que l'énonce l'article 7 des ADPIC, l'exclusion de la brevetabilité n'empêcherait aucunement le développement des technologies qui peuvent poser problème⁴⁴. La recherche et le développement ne seraient que ralentis, tout au plus. Il souligne que les gouvernements ont essayé de faire de même dans le cas des droits d'auteur, et que cela n'a jamais affecté le droit d'auteur en soi⁴⁵. Selon lui, le brevet est neutre parce qu'il ne constitue qu'un droit à l'égard d'une idée et que, si l'idée est mauvaise, c'est l'idée en soi qui est problématique ou l'usage qui en est fait, et non le brevet lui-même :

Exclusion of inventions from patentability on moral grounds without prior exclusion from commercial exploitation may be compared to the situation where the parents of a teenager give him a sports car, but, as they are concerned with their son's speeding, they have the speedometer removed. The invention can still be set loose upon society, but now there is no reliable means of measuring whether it is of any value to society.⁴⁶

Il reconnaît, cependant, que dans de rares cas il peut être important que certaines inventions ne soient pas brevetables, en

39. *Id.*, par. 90.

40. Elle a été adoptée le 29 mars 2004.

41. Précitée, note 37, par. 15.

42. *Id.*, par. 103.

43. Nuno PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, (London, Kluwer Law International, 2002).

44. *Id.*, p.168.

45. *Id.*, p. 169.

46. *Id.*

plus d'interdire leur exploitation commerciale. L'examen d'un brevet coûte cher à l'État. Pourquoi ce dernier devrait-il dépenser pour protéger et faire respecter une invention non valable sur le plan de l'éthique⁴⁷ ?

3.3 La Consultation de 2001 du Comité consultatif canadien de la biotechnologie

Anticipant le fait que l'affaire sur la demande de brevet de l'oncosouris déposée au Canada se rendrait jusqu'en Cour suprême, le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB) a décidé d'entreprendre un vaste processus de consultation sur la brevetabilité des formes de vie supérieures. Dans son document consultatif, *Propriété intellectuelle en biotechnologie et la brevetabilité des formes de vie supérieures – Document de consultation*, le CCCB demandait notamment si une disposition sur l'ordre public et la moralité devait être incluse dans la *Loi sur les brevets*. Au terme du processus consultatif, le CCCB est arrivé à la conclusion qu'une telle disposition ne devait pas être incluse dans la Loi. En effet, dans son rapport⁴⁸, il recommande le maintien du statu quo, soit « continuer de traiter principalement les questions d'ordre social et d'éthique propres à la biotechnologie sans recourir à la *Loi sur les brevets*. [...] [I]l existe déjà une gamme imposante de mécanismes permettant de restreindre ou d'interdire des activités jugées socialement ou moralement répréhensibles. S'il faut créer de nouvelles limites, il serait plus efficace, pour le moment, de modifier ou de renforcer les règlements actuels que d'ajouter un tout nouveau mécanisme à la *Loi sur les brevets*.⁴⁹ » Le CCCB ne rejette toutefois pas l'ajout éventuel d'un mécanisme à la loi, mais cela exigerait un examen plus approfondi de la question. Il recommande également la création d'une procédure d'opposition souple et rapide, recevable dans les six mois de la délivrance du brevet, afin de contester la délivrance d'un brevet⁵⁰. À noter, le CCCB recommande aussi l'ajout d'une disposition interdisant le clonage humain dans la *Loi sur les brevets*. Une telle disposition n'a pas été adoptée par le Parlement canadien, mais celui-ci a quand même adopté la *Loi sur la procréation assistée*⁵¹ en 2004. Celle-ci interdit notamment, à l'article 5, la création d'un clone

47. *Id.*, p. 170.

48. *La brevetabilité des formes de vie supérieures*, Rapport du Comité consultatif canadien de la biotechnologie, Juin 2002, C2-598/2001-2.

49. *Id.*, p. 6.

50. *Id.*, p. 40.

51. L.C. 2004, c. 2.

humain, et crée aussi l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée⁵². À l'Annexe D du Rapport, le CCCB souligne les divers arguments reçus relatifs aux considérations sociales et éthiques : celles-ci doivent-elles demeurer en dehors du régime des brevets, y être ajoutées ou le régime doit-il avoir un rôle limité ? Plusieurs de ces arguments recourent ceux évoqués plus haut.

À n'en pas douter, l'ajout de mécanismes d'éthique dans la *Loi sur les brevets* risquerait d'alourdir un processus déjà long et compliqué. Comme il sera expliqué plus loin, la disposition semblable dans la *Convention sur le brevet européen*⁵³ n'a presque pas été invoquée, et l'ancienne disposition contenue dans la loi canadienne sur les brevets n'a jamais fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle. Elle a, cependant, déjà été invoquée par le Bureau des brevets pour refuser des brevets pour des inventions considérées offensantes à l'époque concernée. Ne vaut-il pas mieux que la Loi contienne une limite à la brevetabilité, agissant à tout le moins comme énoncé de politique ? Certes, le législateur est mieux placé pour trancher ces épineuses questions, mais il est généralement lent à réagir. La *Loi sur la procréation assistée* a été adoptée après plusieurs années, après le dépôt de deux projets de loi. Un mécanisme dans la *Loi sur les brevets* permettrait certainement de pallier ces lacunes. Au moment où la Cour suprême a refusé le brevet pour l'oncosouris, plus de dix ans s'étaient écoulés depuis la demande de brevet initiale. Par conséquent, l'ajout de dispositions énonçant des principes larges et créant le processus d'opposition proposé par le CCCB pourrait constituer un compromis intéressant entre l'absence totale de législation et l'existence d'un mécanisme lourd. Rien n'empêcherait non plus la création d'un comité d'éthique au sein du Bureau des brevets, chargé de trancher ces questions. Le brevet contesté devrait-il être suspendu ou annulé ? Rien n'empêcherait de suspendre le brevet en attendant la décision finale du comité formé pour trancher la question, et de prévoir une ordonnance interdisant à tous concurrents de commercialiser l'invention, protégeant ainsi le droit exclusif du titulaire advenant que son invention ne soit pas considérée contraire à l'ordre public ou à la moralité. Il semble certainement plus logique de réduire la portée d'un brevet dès sa délivrance, quitte à l'élargir par la suite, que de faire le contraire. L'invention commercialisée, elle n'en serait que plus difficile à limiter.

52. Précitée, note 51, art. 21 et s.

53. *Convention sur la délivrance de brevets européens*, 5 octobre 1973.

4. Comparaisons à l'international

Pour avoir une meilleure idée de l'impact de la présence ou de l'absence d'une disposition sur les questions d'éthique dans le régime des brevets, rien ne vaut l'examen de ce qui se fait ailleurs dans le monde. L'Union européenne a légiféré à ce sujet, et fera l'objet du premier examen. Viendra ensuite l'examen de la disposition contenue dans les ADPIC qui a servi de base à l'article 1709(2) de l'ALENA. Alors que plusieurs pays ont inclus, dans leur législation sur les brevets, des dispositions relatives à l'ordre public – comme l'Inde, la Chine, le Japon, le Mexique⁵⁴ – le Canada, les États-Unis et l'Australie ressortent comme étant ceux qui n'ont pas légiféré sur la question. L'examen de la situation canadienne ayant été déjà fait, qu'en est-il aux États-Unis et en Australie ? C'est ce qui sera examiné en dernier lieu dans cette ultime partie.

4.1 L'Union européenne

La *Convention sur le brevet européen* (CBE) prévoit tout un régime des brevets, qui doit être incorporé par les pays membres dans leur législation interne. La Convention contient, depuis son adoption en 1973, une disposition prévoyant des exceptions à la brevetabilité :

Article 53 Exceptions à la brevetabilité

Les brevets européens ne sont pas délivrés pour :

a) les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle

54. En effet, la loi mexicaine sur la propriété industrielle, *Ley de la Propriedad Industrial* (D.O.F. 2/8/94), contient une disposition interdisant la délivrance de brevet lorsque la demande est contraire à l'ordre public, à la moralité, aux bonnes « coutumes » ou qu'elle contrevient à quelque disposition législative (article 4) ; elle précise aussi, à son article 16, que ne sont pas brevetables les processus de production ou reproduction essentiellement biologiques, tant pour les plantes que les animaux, le matériel biologique et génétique qui existe dans la nature, les races animales, le corps humain et les parties vivantes qui le composent, ainsi que les variétés végétales. Les États-Unis n'ayant pas de dispositions semblables dans leur loi sur les brevets, le Mexique est donc le seul pays membre de l'ALENA qui s'est prévalu de la permission de l'article 1709. Son interdiction à l'art. 16 ne contrevient pas à l'article 1709(1), puisque la loi ne limite pas les domaines de technologies, mais plutôt les formes de vie brevetables. Avec ses dispositions larges (les races animales, les variétés végétales,...), on peut même dire que l'article 16 a une portée plus grande que la disposition de la Directive de 1998 de l'UE sur les inventions biotechnologiques.

du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les Etats contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire ;

b) les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés.

L'article 53 reprend presque intégralement l'article 2 de la *Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention*, adoptée en 1963⁵⁵, convention considérée comme étant l'un des fondements de la CBE. Ainsi, l'article 53a) prévoit la non-brevetabilité d'inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il vise essentiellement à empêcher que semble approuvée, par la délivrance d'un brevet par une autorité internationale, une invention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁵⁶.

L'article 53 constitue une exception à l'article 52, qui prévoit le droit à un brevet. Le paragraphe a) est généralement considéré comme devant être interprété de façon stricte⁵⁷, vu l'objectif sous-jacent de la CBE visant à constituer un régime complet des brevets pour les états contractants. Par ailleurs, deux auteurs, David Thomas et Georgina A. Richards, invoquent que le fait qu'il s'agisse d'une exception à la règle ne veut pas dire qu'elle doit être interprétée de façon stricte⁵⁸. Cette exception devrait plutôt être interprétée selon les règles d'interprétation des traités standard prévues dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, c'est-à-

55. Strasbourg, 27.XI.1963. L'article 2 énonce : Les Etats contractants ne sont pas tenus de prévoir l'octroi de brevets pour : a. les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire ; b. les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés. À noter, cette convention n'est entrée en vigueur que le 1^{er} août 1980.

56. Ulrich SCHATZ, « Article 53 Exceptions to Patentability », dans Margarete SINGER et Dieter STAUDER, *The European Patent Convention, A Commentary*, 3^e éd., (Cologne, Sweet & Maxwell, 2003, no 7), p. 87.

57. C'est d'ailleurs ce qu'a dit la Commission d'appel de l'Office européen du brevet dans la décision T356/93, examinée à partir de la p. 16.

58. David THOMAS et Georgina A. RICHARDS, « The Importance of the Morality Exception under the European Patent Convention : The Oncomouse Case Continues... », [2004] *E.I.P.R.* 97, 100-101.

dire interprétée de bonne foi et en donnant aux mots de la disposition leur sens ordinaire⁵⁹. Ainsi, ces deux auteurs soutiennent que les décideurs de l'Office européen des brevets (OEB) devraient simplement se demander, dans chaque cas, lorsqu'ils appliquent l'article 53a), si le fait d'accorder un brevet à l'invention en question offenserait les standards de moralité de la société⁶⁰.

Selon l'article 53a) de la CBE, c'est la mise en œuvre même de l'invention qui doit être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et non l'invention elle-même. L'article pourrait donc être invoqué pour empêcher la production de bombes par la poste (*letter bombs*) ou d'armes biologiques. Par ailleurs, le fait qu'une invention puisse, de façon secondaire, avoir une utilisation contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne la rend pas non brevetable. Divers auteurs donnent l'exemple d'une invention permettant d'ouvrir des serrures, laquelle invention pourrait être utilisée, d'une part, par un voleur, et d'autre part, par un serrurier⁶¹. La première utilisation serait certes illégale, mais la deuxième ne le serait pas ; cette invention pourrait donc être brevetée.

L'article 53a) a été peu examiné par l'Office européen des brevets (OEB). Ce sont les inventions biotechnologiques qui l'ont fait intervenir. Comme au Canada, c'est la fameuse oncosouris de l'Université Harvard qui a la distinction d'avoir mis la question de la moralité des inventions sur le tapis. En juillet 1989, la Division d'examen de l'OEB a refusé le brevet sur l'oncosouris, soulignant par ailleurs que le régime des brevets n'était pas le véhicule approprié pour trancher les questions de moralité⁶². En appel devant la Chambre de recours technique de l'OEB, celle-ci a considéré que l'article 53a) devait être pris en compte dans l'examen de la demande de brevet pour cette forme de vie supérieure que constituait la souris cancéreuse⁶³. Selon la Chambre du recours technique, c'était justement dans ce genre d'affaires que l'article 53a) devait intervenir : « [t]he Board considers, [...], that precisely in a case of this kind there

59. *Id.*, note 57, 100. Selon les principes d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

60. *Id.*, note 57, 101.

61. Dans U. SCHATZ, *loc. cit.*, note 56, p. 88 et dans Guy TRITTON, Richard DAVIS, Michael EDENBOROUGH, James GRAHAM, Simon MALYNICZ et Ashley ROUGHTON, *Intellectual Property in Europe*, 2^e éd., (London, Sweet & Maxwell, 2002), p. 117.

62. Voir *Harvard/Oncomouse*, T19/90, OJ EPO 1990, 476, <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t900019ep1.htm>, point 5 des motifs.

63. Précitée, note 62.

are compelling reasons to consider the implications of Article 53(a) EPC in relation to the question of patentability⁶⁴ ». À son avis, la décision d'appliquer l'article 53a) pour refuser le brevet sur l'oncosouris « would seem to depend mainly on a careful weighing up of the suffering of animals and possible risks to the environment on the one hand, and the invention's usefulness to mankind on the other⁶⁵ ». Considérant que cette question devait être tranchée par la Division d'examen, elle lui a renvoyé l'affaire. Le critère déterminé a été appliqué par la Division d'examen, qui a conclu que l'oncosouris était brevetable au motif que la souris avait été mise au point pour aider dans la recherche sur le cancer, ce qui constituait un objectif souhaitable⁶⁶. Si jamais des oncosouris venaient à s'échapper dans la nature, elles n'auraient pas d'impact trop grave sur l'environnement. L'OEB a d'ailleurs invoqué, par la suite, ce critère de « l'utilité pour l'humanité » ou « critère de proportionnalité »⁶⁷ de l'invention pour refuser un brevet à une compagnie pharmaceutique pour une souris dans laquelle on avait introduit un gène pour lui faire perdre ses cheveux⁶⁸. Selon l'OEB, le préjudice causé à la souris l'emportait sur le bienfait de l'invention, un remède pour la calvitie ; l'invention était de ce fait immorale et, donc, non brevetable⁶⁹.

Dans la décision *Relaxin*⁷⁰, rendue en 1995, la Division d'opposition a utilisé le critère fondé sur l'utilité pour justifier une invention. La Division devait examiner une opposition à un brevet pour des séquences d'ADN d'une substance naturelle provenant de l'ovaire d'une femme enceinte. La Division a conclu que l'invention n'était pas contraire à la dignité humaine, parce que la substance avait été donnée pendant des opérations gynécologiques nécessaires, et avec le consentement de la donneuse. L'ADN n'étant pas un organisme vivant, on n'essayait pas de breveter la vie. Le brevet ne serait pas non plus équivalent à de l'esclavage, puisqu'il ne donnait qu'un droit d'exclure, et non un droit de propriété sur un être humain⁷¹. Le

64. *Id.*, point 5 des motifs.

65. *Id.*

66. Lionel BENTLY et Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2001), p. 407.

67. Tirés de Marie-Catherine CHEMTOB-CONCÉ et Alain GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, 2^e éd., (Paris, Lavoisier, 2004), p. 93.

68. L. BENTLY et B. SHERMAN, *op. cit.*, note 66, p. 407.

69. *Id.*

70. *Howard Florey / Relaxin*, OJ EPO 1995, 388, tirée de L. BENTLY et B. SHERMAN, *op. cit.*, note 66, p. 408-409.

71. Tiré de L. BENTLY et B. SHERMAN, *op. cit.*, note 66, p. 409.

gène était brevetable, parce qu'il ne serait pas universellement considéré comme étant scandaleux⁷².

La décision phare a été rendue en 1995 par la Commission d'appel de l'OEB. Dans la décision *Plant Genetic Systems*⁷³, la Commission d'appel conclut que des graines génétiquement modifiées ne sont pas contraires à l'article 53a). La Commission d'appel définit tour à tour les concepts d'ordre public et de « morality » (« bonnes mœurs ») de l'art. 53a) :

5. It is generally accepted that the concept of « ordre public » covers the protection of public security and the physical integrity of individuals as part of society. This concept encompasses also the protection of the environment. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is likely to breach public peace or social order (for example, through acts of terrorism) or to seriously prejudice the environment are to be excluded from patentability as being contrary to « ordre public. »

6. The concept of morality is related to the belief that some behaviour is right and acceptable whereas other behaviour is wrong, this belief being founded on the totality of the accepted norms which are deeply rooted in a particular culture. For the purposes of the EPC, the culture in question is the culture inherent in European society and civilisation. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is not in conformity with the conventionally-accepted standards of conduct pertaining to this culture are to be excluded from patentability as being contrary to morality⁷⁴. [Les soulignements sont nôtres.]

La Commission ajoute, par la suite, que l'approbation ou la désapprobation, par une loi d'un État contractant, de la mise en œuvre d'une invention, ne constitue pas un critère suffisant pour faire un examen en vertu de l'art. 53a)⁷⁵. Puisque la CBE vise à élargir le plus possible le concept de brevetabilité, la Commission estime

72. *Howard Florey/Relaxin*, T272/95 – 3.3.4 (rendue le 23 octobre 2002), Décision de la Division d'opposition sur l'opposition à la décision OJ 1995, 388. La Division d'opposition conclut que l'art. 53a) doit être interprété en fonction des règles met-tant en œuvre la Directive et, donc, vu le texte même de la r. 23(e)(2), le gène n'est pas non brevetable en vertu de l'art. 53a) (point 7 des motifs).

73. T356/93, OJ EPO 1995, 545.

74. *Id.*, points 5 et 6 des motifs.

75. *Id.*, point 7 des motifs.

que l'exception à la brevetabilité que constitue l'article 53a) doit être interprétée restrictivement. Elle refuse de considérer que, en soi, des plantes et des graines puissent constituer une exception à la brevetabilité au sens de l'article 53a), du seul fait qu'il s'agisse de matière vivante, ou parce que les plantes génétiquement modifiées devraient demeurer dans l'héritage commun de l'humanité (« common heritage of mankind »). La question de savoir si une invention est visée par l'article 53a) devra être examinée au fond, dans chaque cas où elle est soulevée. Dans ce cas-ci, la Commission a conclu que l'exploitation des graines génétiquement modifiées ne porterait pas préjudice à l'environnement⁷⁶.

En 1988, l'Union européenne a décidé de délimiter la brevetabilité des inventions biotechnologiques. Elle a d'abord mis en branle son processus pour renforcer la compétitivité des entreprises européennes en biotechnologies, mais les questions d'éthique jaillirent rapidement, face à diverses demandes de brevets controversées, comme celle pour l'oncosouris. Présentée en 1995, la première Directive ne fut pas adoptée, parce qu'elle était considérée trop large par ses opposants. Le Parlement européen et le Conseil des Ministres ont finalement adopté, en 1998, la *Directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*⁷⁷, après y avoir apporté moult modifications.

D'après les Considérants de la Directive, on cherche notamment à harmoniser les régimes des divers pays membres de l'UE, mais aussi à protéger le corps humain (Considérant 16) et à préciser les exclusions fondées sur l'ordre public et la moralité (Considérants 36 à 41). L'article 6 de la Directive énonce, de façon non exhaustive⁷⁸, des types d'invention dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs :

Article 6

1. Les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité, l'exploitation ne pouvant être considérée comme

76. Elle admet cependant qu'une invention puisse être contraire à l'ordre public parce qu'elle endommage l'environnement (voir notamment sa définition de l'expression « ordre public ». Voir les points 17 et s. des motifs.

77. *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.*

78. Le 38^e Considérant dit « que cette liste ne saurait bien entendu prétendre à l'exhaustivité ;... ».

telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire.

2. Au titre du paragraphe 1 ne sont notamment pas brevetables :

- a) les procédés de clonage des êtres humains ;
- b) les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain ;
- c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;
- d) les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.

La Directive a été incorporée dans la réglementation d'exécution de la CBE⁷⁹, liant ainsi tant l'OEB que les pays membres de l'UE. Elle est considérée comme un moyen additionnel d'interprétation de la CBE⁸⁰. L'article 6(2)d étant sensiblement le même que celui de la CBE, la jurisprudence développée sous l'article 53a) s'applique.

La Directive aurait dû résoudre en partie les questions d'éthique soulevées au sein de l'UE, mais, en fait, elle demeure un instrument controversé et contesté de part et d'autre. Il semblerait que certains la trouvent trop large, trop permissive, que les garanties qu'elle contient en matière d'éthique sont insuffisantes, particulièrement en ce qui concerne les dispositions sur les gènes humains⁸¹. La question n'est donc pas réglée.

4.2 L'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce a été adopté par les pays membres du GATT,

79. *Réglementation d'exécution de la Convention sur la délivrance des brevets européens*, (1999) OJ EPO 437, règles R23^{ter}, R23^{quater}, R23^{quinquies} et R23^{sexies}.

80. G. TRITTON, R. DAVIS, M. EDENBOROUGH, J. GRAHAM, S. MALYNICZ et A. ROUGHTON, *op. cit.*, note 61, 116.

81. Noëlle LENOIR, « Patentability of life and ethics », *C. R. Biologies* 326 (2003) 1127, 1130.

dans le cadre de l'Uruguay Round, comme l'Annexe 1C de l' *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁸². La partie sur les brevets est considérée comme la plus importante des négociations des ADPIC. C'est l'article 27(2) qui nous intéresse :

2. Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.⁸³

À la lecture de l'article, il ressort que ce n'est pas l'invention elle-même qui doit être contraire à l'ordre public ou à la moralité, mais plutôt sa commercialisation. À noter, la version anglaise de cet article utilise elle aussi l'expression française « ordre public », qui a été proposée par la Communauté européenne. Le terme « ordre public » a été choisi parce qu'on considérait que « public order » traduisait mal la signification de la notion d' « ordre public » provenant du droit civil. En droit civil, l' « ordre public » constitue les règles fondamentales auxquelles on ne peut déroger sans mettre en danger les institutions d'une société donnée. Quant au concept de « moralité », celui-ci est semblable au concept de « bonnes mœurs » du droit français, et sa définition dépend évidemment de la société dans laquelle on vit.

L'article 27(2) prévoit essentiellement deux critères à remplir pour que l'exception qu'il contient puisse être invoquée. Évidemment, cet examen se limite au territoire du pays membre concerné. En premier lieu, il faut prouver que c'est l'exploitation commerciale de l'invention qui est contraire à l'ordre public, et non seulement l'invention elle-même. En deuxième lieu, il faut démontrer qu'il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale de l'invention pour protéger l'ordre public et ce, avant de pouvoir invoquer l'exception⁸⁴. Selon l'auteur Pires de Carvalho, la deuxième étape doit tenir compte de l'article 2 de l' *Accord sur les obstacles techniques au com-*

82. *Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce.*

83. L'exception de l'article 27(2) fut suggérée par l'Union européenne et fut généralement acceptée.

84. Incidemment, la Directive européenne, qui est grandement conforme à l'article 27(2), n'exige pas cette preuve avant de pouvoir invoquer l'exception relative à l'ordre public.

*merce*⁸⁵, qui prévoit que les règles techniques ne doivent pas être appliquées de façon à créer des obstacles non nécessaires au commerce. Ainsi, si l'on peut empêcher l'exploitation commerciale sans exclure la brevetabilité, il faudrait toujours préférer cette façon de faire⁸⁶. Par ailleurs, puisque l'article 27(2) parle d'« exploitation commerciale », d'autres types d'exploitation non commerciale devraient être possibles, comme la recherche⁸⁷. Certains auteurs considèrent que le terme « nécessaire » doit recevoir la même interprétation que le terme « nécessaire » utilisé dans l'article XX(b) du GATT⁸⁸ 89. Dans les deux cas, les mesures choisies doivent être objectivement justifiables. Ces auteurs rapportent qu'une formation de l'OMC a décidé, dans un rapport intitulé « Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes », que le terme « necessary » signifiait « that a measure is justified only if no alternative measure, which a WTO Member could reasonably be expected to employ and not inconsistent or less inconsistent with GATT, is available »⁹⁰.

L'article 27(2) énonce spécifiquement, en dernier lieu, que les pays membres ne peuvent exclure de la brevetabilité une invention du seul fait que sa législation en interdit la brevetabilité. Le fait qu'une loi nationale interdise la commercialisation d'une invention ne pourrait constituer qu'un argument parmi tant d'autres. Il est par ailleurs intéressant de souligner que la protection de l'environnement constitue un motif d'exclusion au terme de l'article 27(2), ce qu'a d'ailleurs décidé l'OEB dans T356/93 relativement à l'art. 53a) de la CBE.

4.3 Les États-Unis

La loi américaine sur les brevets ne comporte aucune disposition sur l'ordre public et la moralité. C'est sous le critère de l'utilité qu'a été développée une exception à la brevetabilité dans le cas d'inventions contraires à la moralité : une invention immorale ne

85. Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce.

86. N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, note 43, p. 172-173

87. *Id.*, p. 173.

88. G. TRITTON, R. DAVIS, M. EDENBOROUGH, J. GRAHAM, S. MALYNICZ et A. ROUGHTON, *op. cit.*, note 62, p. 172-173, et Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, (London, Sweet & Maxwell, 2003), p. 223.

89. *Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*.

90. Citation tirée de D. GERVAIS, *op. cit.*, note 88, p. 223.

pourrait qu'être inutile et, donc, non brevetable. Le critère de l'utilité est énoncé à l'article 101 du *Patent Code*⁹¹ :

35 U.S.C. § 101 Inventions patentable

Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.

Cet article est fondé sur la Constitution américaine, qui énonce à l'article premier, section 8, clause 8, que « [Congress shall have Power] [t]o promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries⁹² ».

Ce critère de moralité a été développé en 1817 par le juge Story, dans la décision *Lowell v. Lewis*⁹³, où le juge examine la brevetabilité d'une pompe :

All that the law requires is, that, the invention should not be frivolous, or injurious to the well-being, good policy, or sound morals of society. The word useful, therefore is incorporated into the act in contradistinction to mischievous, or immoral. For instance, a new invention to poison people, or to promote debauchery, or to facilitate private assassination, is not a patentable invention. But if the invention steers wide of those objections, whether it be more or less useful is a circumstance very material to the interest of the patentee, but of no importance to the public. If it be not extensively useful it will silently sink into contempt and disregard.⁹⁴

Le critère de moralité a surtout été utilisé par les juges pour refuser l'octroi de brevets demandés à l'égard d'inventions devant

91. 35 U.S.C.

92. *United States Constitution*, art. 1, § 8, c. 8.

93. 15 F. Cas. 1018 (C.C.D. Mass 1817) ; citation tirée de *In re Nelson*, 280 F. 2d 172 (C.C.P.A. 1960), 178-179.

94. Dans une autre décision, *Bedford v. Hunt*, (C.C.D. Mass 1817) (Fed. Cas. No. 1.217), le juge Story indique que : « [b]y useful invention, in the statute, is meant such a one as may be applied to some beneficial use in society, in contradistinction to an invention, which is injurious to the morals, the health, or the good order of society. » ; citation tirée de Donald S. CHISUM, Craig Allen NARD, Herbert F. Schwartz, Pauline Newman et F. Scott KIEFF, *Principles of Patent Law, Cases and Materials*, 2^e éd., (New York, Foundation Press, 2001), p. 721.

servir au jeu (*gaming*), même si elles étaient utiles⁹⁵. La plupart de ces décisions remontent au 19^e siècle et au début du 20^e siècle. Avec la décision *Fuller v. Berger*⁹⁶, le critère de l'utilité requiert dès lors un bénéfice pour la société. Même si l'invention a été développée pour le jeu, alors illégal, elle est néanmoins brevetable si l'on établit au moins un usage licite. Ainsi, en résumé, le critère doit être interprété de façon stricte, et l'on cherchera à trouver un usage bénéfique pour l'invention. Si l'invention peut avoir un « usage moral », elle est brevetable. Par ailleurs, si son usage est immoral, l'invention sera de ce fait inutile et, donc, non brevetable. Évidemment, l'appréciation du caractère moral de l'invention dépend toujours du juge, de l'évolution de la société.

C'est une décision de 1977 qui a mis de côté le critère de moralité. Dans *Ex parte Murphy*⁹⁷, le *PTO Board of Appeals* rejette l'opinion que des machines à jouer puissent être contraires aux mœurs publiques et donc, par le fait même, inutiles :

... while some may consider gambling to be injurious to the public morals and the good order of society, we cannot find any basis in 35 USC 101 or related sections which justifies a conclusion that inventions which are useful only for gambling ipso facto are void of patentable utility.⁹⁸

Le *Board of Appeals* accorde alors le brevet pour la machine à sous visée par la demande de brevet. Le critère de moralité est depuis considéré comme écarté. C'est l'arrêt *Diamond v. Chakrabarty*⁹⁹, rendu en 1980 par la Cour suprême des États-Unis, qui a ouvert la voie de la brevetabilité aux inventions biotechnologiques. La majorité de la Cour suprême affirme que « [a]nything under the sun that is made by man is patentable », alors qu'elle tranche sur la brevetabilité d'un micro-organisme pouvant absorber du pétrole. Par ailleurs, tant la majorité que la dissidence estiment que c'est au Congrès américain qu'il revient de décider des questions d'éthique relatives à l'étendue de la brevetabilité des inventions, chose qui n'a pas encore été faite à ce moment-ci. Cet arrêt aura ultimement pour impact de rendre à peu près tout brevetable. En effet, le *United States Patent & Trademark Office* (USPTO) a même déclaré, en 1987,

95. Voir *Reliance Novelty Co. v. Dworzek*, 80 F 902 (N.D.Cal. 1897) ; *Schultze v. Holtz*, 82 F 448 (N.D.Cal. 1897), *Brewer v. Lichtenstein*, 287 F 512 (7th Cir. 1922).

96. 120 F. 274 (7th Circuit, 1903).

97. 200 USPQ 801 (Bd. Pat. App & Int'l 1977).

98. *Id.*, 801, 802.

99. 447 U.S. 303, 100 S.Ct. 2204, 65 L.Ed.2d 144 (U.S. S.C. 1980).

qu'il considérait que « nonnaturally occurring non human multicellular living organisms, including animals, to be patentable subject matter within the scope of 35 U.S.C. 101.¹⁰⁰ » Cette déclaration était fondée sur le fait que dans *Chakrabarty*, la Cour avait spécifié « anything ... made by man... ». Le manuel de l'examineur du USPTO¹⁰¹ confirme que les cas de refus de brevet pour absence d'utilité sont rares, étant donné que le USPTO exige la preuve d'une absence totale d'utilité. Si l'on est capable de démontrer même un faible degré d'utilité, le manuel énonce qu'il n'est alors pas approprié de refuser le brevet¹⁰².

Plus récemment, dans la décision *Juicy Whip*¹⁰³, la Cour fédérale a énoncé :

To be sure, since Justice Story's opinion in *Lowell v. Lewis*, 15 F. Cas. 1018 (C.C.D. Mass. 1817), it has been stated that inventions that are « injurious to the well-being, good policy, or sound morals of society » are unpatentable [...] but the principle that inventions are invalid if they are principally designed to serve immoral or illegal purposes has not been applied broadly in recent years [...] As the Supreme Court put the point more generally, « Congress never intended that the patent laws should displace the police powers of the States, meaning by that term those powers by which the health, good order, peace and general welfare of the community are promoted ». ¹⁰⁴

Ainsi, ce serait plutôt aux États ou au Congrès de légiférer distinctement pour interdire des brevets pour certains types d'inventions qui seraient considérés comme contraires à l'ordre public et à la moralité¹⁰⁵. Tous semblent effectivement s'entendre pour dire que seul le Congrès peut décider de l'étendue de la brevetabilité. Les tri-

100. Déclaration de Donald J. Quigg, Assistant Secretary and Commissioner of Patents and Trademarks, 7 avril 1987, (1987), 69 *J. Pat. Off. Soc'y* 328, tiré de S. CHONG, *loc. cit.*, note 15, 193.

101. *Manual of Patent Examining Procedure (MPEP)*, Eighth Edition, August 2001, Latest Revision May 2004, <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.htm>.

102. *Id.*, point 2107.01.

103. *Juicy Whip, Inc. v. Orange Bang*, 185 F.3d 1364 (Fed. Cir. 1999).

104. *Id.*, 1366-1368.

105. Elle ajoute, à la page 1368, « Of course, Congress is free to declare particular types of inventions unpatentable for a variety of reasons [...] Until such time as Congress does so, however, we find no basis in section 101 to hold that inventions can be ruled unpatentable for lack of utility simply because they have the capacity to fool some members of the public ». Faisant ici référence à l'invention qui avait été assemblée dans le but de tromper le public.

bunaux judiciaires le reconnaissent, tout comme le USPTO qui, après avoir déclaré en 2001 qu'il pourrait refuser des inventions biotechnologiques impliquant l'être humain¹⁰⁶, en se fondant sur le critère d'utilité moral élaboré par le juge Story et sur l'absence de législation par le Congrès, s'est par la suite rétracté et a reconnu ne pas avoir compétence pour trancher les questions d'éthique et de moralité en matière de brevet. Son rôle ne se limiterait qu'à examiner les critères de la nouveauté, de l'utilité et de la non-évidence¹⁰⁷. Certains soutiennent que le problème en est un de biotechnologie, et non de la brevetabilité de la biotechnologie. Certains préconisent que les questions de moralité soient réglées après coup, grâce à d'autres mécanismes qui restreignent la commercialisation¹⁰⁸, soit par d'autres lois que celle sur les brevets. D'autres recommandent que le Congrès légifère sur ces questions au sein de la législation sur les brevets¹⁰⁹. Vu la possibilité actuelle de breveter presque tout, sans égard aux questions d'éthique et de moralité pouvant se présenter, il s'avèrerait nécessaire d'établir au moins des lignes directrices que pourra suivre le USPTO dans l'examen des demandes de brevet¹¹⁰.

Par ailleurs, le Président Clinton a créé, en 1995, la *National Bioethics Advisory Commission*¹¹¹, afin qu'elle examine notamment la question du caractère approprié et des répercussions découlant du brevetage du gène humain. Cette Commission a ultérieurement été remplacée par *The President's Council on Bioethics* (le Conseil) en 2001¹¹². Selon l'ordre exécutif l'établissant, le Conseil examine, entre

106. *huMouse, A design for creatures that are half man, half animal has raised fundamental questions about what it means to be human. Two critics of biotechnology want the U.S. Patent Office to answer them*, Dashka Slater, http://www.yale.edu/legalaffairs/issues/November-December-2002/feature_slater_novdec2002.html.

107. Carrie F. WALTER, « Beyond the Harvard Mouse : Current Patent Practice and the Necessity of Clear Guidelines in Biotechnology Patent Law », 31 *Intellectual Property L. Rev.* – 1999, p. 195-220, p. 212-213.

108. Andrew R. SMITH, « Monsters at the Patent Office : The Inconsistent Conclusions of Moral Utility and the Controversy of Human Cloning », 53 *DePaul L. Rev.* 159 (2003-2004).

109. Margo A. BAGLEY, « Patent First, Ask Questions Later : Morality and Biotechnology in Patent Law », 45 *Wm. & Mary L. Rev.* 469 (2003-2004). L'auteure dit que le Congrès américain joue en ce moment à l'autruche et qu'il se doit de légiférer sur la question. Elle propose diverses solutions, reconnaissant les limites de chacune d'entre elles, mais exhortant le Congrès à légiférer, car mieux vaut décider des limites de la brevetabilité avant qu'il ne soit trop tard.

110. C.F. WALTER, *loc. cit.*, note 107, p. 215-216.

111. Exec. Order 12,975, 3 C.F.R. 409 (1996).

112. Exec. Order 13,237, 66 FR 59851 (2001). Il semble que le Conseil soit renouvelé périodiquement. Voir <http://www.bioethics.gov/>.

autres, des questions émergentes en matière de biotechnologies, dont les questions d'éthique et de politique relatives à ces matières, et fait des recommandations au Président américain¹¹³. Le Conseil a notamment rédigé deux rapports sur des questions d'éthique relatives à des inventions biotechnologiques¹¹⁴.

4.4 L'Australie

Tout comme le Canada et les États-Unis, la loi australienne sur les brevets, la *Patents Act, 1990*¹¹⁵, ne contient aucune disposition interdisant de breveter une invention dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou à la moralité. Il semble aussi que l'interdiction d'une invention considérée immorale ne passerait pas par le critère d'utilité, tel qu'il est utilisé aux États-Unis. La *Patents Act, 1990* contient cependant un article qui déclare non brevetables les inventions dont l'usage serait contraire à la loi :

50. Application or grant may be refused in certain cases

(1) The Commissioner may refuse to accept a request and specification relating to a standard patent, or to grant a standard patent :

(a) for an invention the use of which would be contrary to law ;
[...]

Les motifs de l'article 50 ne peuvent être invoqués qu'avant la délivrance du brevet, sauf pour l'exception de l'alinéa 50(1)(a). L'argument que l'invention a un usage contraire à la loi pourrait être invoqué dans le cadre de procédures d'opposition au brevet ou de révocation. Le manuel du bureau des brevets australien¹¹⁶ indique qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du commissaire et qu'il ne devrait être exercé que dans les cas les plus évidents. Il semble également que le terme « law » vise non seulement la législation, mais

113. *Id.*, art. 2.

114. *Human Cloning and Human Dignity : An Ethical Inquiry*, The President's Council on Ethics, Washington, D.C., July 2002, <http://www.bioethics.gov/reports/cloningreport/fullreport.html> ; *Reproduction and Responsibility : The Regulation of New Biotechnologies*, The President's Council on Ethics, Washington D.C., March 2004, <http://www.bioethics.gov/reports/reproductionandresponsibility/fulldoc.html>.

115. *Patent Act 1990*, précitée, note 7.

116. *Australian Patent Office Manual of Practice and Procedure*, http://www.ipaustralia.gov.au/resources/manuals_patents.shtml.

aussi ce qui est déterminé par la jurisprudence¹¹⁷. Le manuel donne également une définition de ce qui serait considéré comme contraire à la loi, tiré d'une ancienne ordonnance :

An invention 'contrary to law' may be either (1), one the primary use of which would be a criminal act, punishable as a crime or misdemeanour, or, (2), one the use of which would be an offence by reason of its being prohibited under by-laws or regulations made for police and administrative purposes.¹¹⁸

Comme dans les cas canadien et américain, une invention ayant un usage illégal et légal en même temps pourrait probablement obtenir un brevet. On déterminera la légalité ou l'illégalité de l'usage en fonction du but visé par la création de l'invention. C'est l'article 138 qui permettrait d'obtenir la révocation d'un brevet considéré contraire à la loi.

De plus, l'article 18 de la *Patents Act, 1990* interdit spécifiquement certaines formes d'inventions biotechnologiques, tel le clonage :

Patentable inventions for the purposes of a standard patent

[...]

(2) Human beings, and the biological processes for their generation, are not patentable inventions.

Certain inventions not patentable inventions for the purposes of an innovation patent

(3) For the purposes of an innovation patent, plants and animals, and the biological processes for the generation of plants and animals, are not patentable inventions.

(4) Subsection (3) does not apply if the invention is a microbiological process or a product of such a process.

Le manuel du Bureau des brevets australien précise plus longuement ce qui est visé par l'expression « être humain »¹¹⁹. Par ailleurs, l'Australie, comme le Canada, a adopté une loi interdisant le

117. *Id.*, Volume 2, partie 8.6.1.

118. *Id.*

119. *Australian Patent Office Manual of Practice and Procedure*, précité, note 117, volume 2, point 8.5.2. Par exemple, l'œuf fécondé, les méthodes de fertilisation *in vitro*, ou les méthodes pour créer un embryon humain...

clonage humain¹²⁰. Une invention contraire à cette disposition serait considérée comme contrevenant à 50(1)(a) de cette loi. Ainsi, sans avoir de disposition interdisant des inventions dont la commercialisation serait contraire à l'ordre public ou à la moralité, l'Australie a néanmoins interdit certaines formes d'inventions biotechnologiques qui sont généralement considérées comme telles.

Tout comme aux États-Unis, à peu près tout semble pouvoir être breveté en Australie. Mais qu'en est-il de ce qui n'est pas couvert par la loi ? Selon le manuel, les tribunaux australiens considèrent qu'il revient au Parlement, et non aux tribunaux ou au bureau des brevets, de décider ce qui serait brevetable ou non pour motifs d'éthique. Le manuel souligne que le législateur a eu l'opportunité de légiférer sur cette question lorsqu'il a adopté la loi de 1990, mais qu'il ne l'a pas fait¹²¹.

5. Conclusion

Ainsi, avec l'avènement massif des inventions biotechnologiques, l'absence d'un mécanisme législatif sur les questions d'éthique en matière de brevet se fait de plus en plus cruellement sentir. Il ressort de notre examen des situations ailleurs dans le monde que, même si la disposition européenne n'a pas fait l'objet de beaucoup d'interprétation jurisprudentielle, sa présence, ainsi que celle de la Directive, agit comme garde-fou ultime contre les inventions biotechnologiques généralement considérées offensantes par la communauté européenne. Cela nous donne aussi un bon exemple de quoi faire et de quoi éviter advenant une disposition semblable dans la loi canadienne.

Quant aux États-Unis, le « vide juridique » y régnant à cet égard, qui résulte de l'inaction du Congrès américain, n'est pas rassurant, car cela veut dire que, pour l'instant, il y a aucune limite réelle à l'étendue de la brevetabilité, le USPTO et les tribunaux ne croyant pas avoir compétence pour limiter la brevetabilité en dehors des critères fermement établis que sont la nouveauté, l'utilité et la non-évidence. Et malheureusement, le critère élaboré par le juge Story est généralement rejeté. Il reste à espérer que le Congrès légifèrera bientôt sur la question, d'une manière ou d'une autre. Quant à

120. *Prohibition of Human Cloning Act* (Commonwealth of Australia, 2002) ; aussi la *Research Involving Human Embryos Act* (Commonwealth of Australia, 2002).

121. *Australian Patent Office Manual of Practice and Procedure*, précité, note 116, Volume 2, partie 8.1.

l'Australie, même si sa loi sur les brevets ne contient pas d'interdiction générale, elle comporte au moins une disposition interdisant le clonage, méthode généralement contestée par la société.

À la suite de l'examen de la disposition de la CBE et des situations américaine et australienne, l'ajout d'une disposition, à tout le moins générale, serait probablement un choix avisé du législateur. Le Bureau des brevets dit refuser les demandes de brevets pour les formes de vie supérieures, mais cette limite semble floue puisque la Cour suprême du Canada a récemment confirmé, dans l'arrêt *Monsanto c. Schmeiser*¹²², que des brevets pouvaient être valablement accordés sur des gènes qui donneront lieu aux formes de vie supérieures que sont les plantes ou des animaux. Cette limite à la brevetabilité apparaît donc vouée à être réduite, d'autant plus que, même si la Cour suprême a refusé le brevet de l'oncosouris, à cinq contre quatre toutefois, elle semble avoir autorisé une forme de protection pour les formes de vie supérieures. En effet, dans *Monsanto*, la majorité a étendu la protection du brevet sur le gène modifié de la graine de canola à la plante en soi, ayant conclu que la culture illégale de cette graine génétiquement modifiée constituait de l'exploitation au sens de la *Loi sur les brevets* et, donc, une violation du brevet accordé. La question demeure, pourquoi vouloir encourager, grâce au brevet, des recherches donnant lieu à des inventions offensantes ? De plus, le CCCB n'a pas rejeté complètement l'ajout d'une disposition à la *Loi sur les brevets*. On ne peut cependant nier l'évolution des mœurs de la société, ce qui penche peut-être en faveur de laisser les mécanismes existants, extérieurs à la *Loi sur les brevets*, jouer leur rôle. Le Parlement a certes adopté la *Loi sur la procréation assistée*, ce qui donne à croire que le clonage humain est considéré offensant, mais il ne l'a pas déclaré non brevetable. Vouloir encourager l'innovation ne peut-il pas avoir des limites, tout en admettant que celles-ci seront probablement peu fréquentes. Effectivement, le but d'une disposition ou d'un mécanisme dans la loi elle-même viserait plus à prévenir qu'à guérir. Dans tous les cas, comme le dit si bien la Cour suprême du Canada, c'est au Parlement canadien qu'il revient de trancher la question de l'inclusion ou non d'une disposition interdisant l'exploitation commerciale contraire à l'ordre public ou à la moralité dans la *Loi sur les brevets*.

122. *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902.