

Vol. 20, n° 3

Réflexion canadienne sur vingt ans de changements dans les systèmes de brevets

Robert Mitchell*

Les *Cahiers de propriété intellectuelle* font partie de l'environnement de la propriété intellectuelle canadienne et québécoise depuis vingt ans. Depuis ces vingt dernières années, les événements ont été étonnants en termes de protection de propriété intellectuelle à travers le monde, dû en grande partie à l'OMC, l'ALÉNA et des tentatives de l'OMPI pour harmoniser les lois sur les brevets du monde.

Avant 1988, les lois sur les brevets de l'Amérique du Sud étaient douteuses et beaucoup de pays comme le Chili et le Venezuela n'appartenaient pas à la *Convention de Paris*. Le Brésil et l'Argentine ainsi que d'autres pays avaient des régimes de licences obligatoires qui forçaient littéralement un propriétaire de brevet étranger à trouver un partenaire local afin d'exploiter ses inventions brevetées pour éviter la perte des droits.

L'Union soviétique a maintenu un système basé sur des certificats d'inventeurs qui avaient peu à voir avec la création de richesse et sur des inventions faites par un secteur scientifique d'une population autrement éduquée.

Il y a vingt ans, le Canada avait un régime de licences obligatoires dans le domaine de la pharmaceutique qui était considéré comme radical à cause du droit automatique d'importer un médicament à

© Robert Mitchell, 2008.

* Agent de brevets.

basses redevances, peu importe l'investissement fait par le détenteur de brevet. Afin de protéger toute autre invention contre la possibilité de licence obligatoire, le détenteur du brevet devait fabriquer l'invention au Canada et ce, dans les trois ans après l'octroi du brevet. La loi canadienne sur les brevets n'avait pas été révisée depuis 1935, même si l'économie canadienne avait beaucoup changé pendant cette période.

Les États-Unis insistaient sur une loi qui boudait les inventions étrangères, dans un système qui prétend octroyer le brevet au premier inventeur.

Depuis, il y a eu une révolution relative mondiale qui affecte plusieurs secteurs économiques, incluant la propriété intellectuelle et en particulier les brevets. L'événement le plus significatif en termes de propriété intellectuelle est certainement la signature de l'accord TRIPS à Marrakech le 15 avril 1994.

Dès cette époque, les pays sud-américains avaient commencé à changer leur politique – faillite d'un protectionnisme serré et d'interventions étatiques inefficaces. En tous les cas, la plupart des pays en Amérique du Sud et en Amérique centrale étaient privés de ce crédit auparavant illimité des banques étrangères.

Parce que beaucoup de ces pays ont été forcés de contenir l'inflation et de couper leurs dépenses, ils ont répondu à la demande de leurs propres experts économiques de l'académie et de l'industrie pour ouvrir leurs frontières et tenir compte de l'étendue des tendances de libre-échange dans des pays plus développés. Les États-Unis ont également eu de l'influence dans leur poursuite de négociations bilatérales entre beaucoup de pays, incluant le Canada pour améliorer les droits de propriété intellectuelle. L'ALÉNA était un bon exemple de telles négociations avec le Mexique et le Canada.

En 1989, le mur de Berlin est tombé, entraînant des conséquences économiques historiques, créant une ruée par ces nouveaux pays capitalistes, autrefois des républiques soviétiques, pour monter des systèmes de propriété intellectuelle efficaces. Même la Russie s'est débarrassée des certificats d'inventeurs (essentiellement des divulgations d'inventions sans droits exclusifs) et a adopté un système de brevets moderne.

L'ambitieux *Patent Law Treaty* (PLT), un projet d'harmonisation commandité par l'OMPI, a été rejeté à la Conférence diploma-

tique de 1991. Ironiquement, c'était principalement dû au retrait à la dernière minute de l'appui des États-Unis. D'un autre côté, des amendements des lois sur les brevets dans plusieurs pays ont depuis été modelés d'après le projet du PLT de 1991.

L'une des conditions de l'accord TRIPS était que les signataires devaient adopter la dernière version de Stockholm de la *Convention de Paris*. Parmi d'autres conditions du TRIPS, il fallait que tous les pays membres de l'OMC adoptent une loi sur les brevets ayant certaines dispositions harmonisées telles que le terme de brevet de vingt ans, aucune discrimination quant au lieu de fabrication des produits brevetés et la protection de brevet pour tous les types d'inventions. Cela signifiait que les pays comme le Canada devaient amender leurs lois afin de procurer une protection de brevet appropriée pour les produits pharmaceutiques et alimentaires. Plus particulièrement, le Canada devait se débarrasser de sa disposition célèbre de licence de médicament de 1967 et changer le terme de brevet pour un brevet canadien de dix-sept ans de la date de concession à vingt ans à partir de la date de dépôt.

En fait, le Canada, sous le gouvernement Mulroney, avait prévu ces changements et entre 1987 et 1993 il avait implanté la plupart des changements exigés par l'accord TRIPS et ceux suggérés par le projet du PLT. À la fois le Mexique et le Canada ont amélioré leurs lois avec le traité de l'ALÉNA, puisque beaucoup des propositions de propriété intellectuelle qui étaient ébauchées dans l'accord TRIPS proposé avaient été adoptées dans l'ALÉNA. Par exemple, les États-Unis ont enlevé leur discrimination territoriale quant à la preuve sur la date de l'invention, du moins pour des inventions faites au Mexique et au Canada. Plus tard, après avoir signé l'accord TRIPS, ils ont étendu la disposition afin d'inclure tous les membres de l'OMC.

La plupart des pays sud-américains sont maintenant membres de l'OMC et ont changé leurs lois sur les brevets radicalement. Beaucoup de pays asiatiques émergents, qui n'avaient pas de lois sur les brevets, comme Hong Kong, Singapour et l'Indonésie, ont maintenant présenté de telles lois conformément au TRIPS et en partie le projet du PLT. L'Inde, le plus grand pays, qui n'était pas un membre de la *Convention de Paris*, a maintenant adhéré à ce traité de brevet important.

Nous sommes dans une nouvelle ère, dans laquelle la propriété intellectuelle, en particulier les brevets, ont pris une respectabilité

sans précédent. Les dépôts de brevets ont augmenté dans plusieurs pays, notamment aux États-Unis, au Japon et aussi à l'Office européen des brevets. Le Canada n'a pas été partie de cette croissance, mais le nombre de brevets déposés par des Canadiens a augmenté. L'une des raisons qui contribuent à l'absence de croissance du nombre de véritables dépôts est le PCT¹. Les demandeurs ont plus de temps, sous le PCT, pour entrer en phase nationale au Canada et réalisent ainsi le potentiel commercial d'une invention avant le véritable dépôt. D'un autre côté, le Canada est le quatrième en rang pour le nombre de désignations PCT après le Japon, les États-Unis et l'Office européen des brevets.

À mon avis, cela n'est pas négatif pour le Canada. Le Canada recevait probablement plus que son lot de demandes de brevets relativement à sa population et son économie. Le fait que les dépôts par des Canadiens ont augmenté face à une tendance vers les demandes moins nombreuses provenant de l'étranger est un résultat très positif à être partagé par les Canadiens.

Fait à noter : après 52 ans de négligence législative, quatre révisions significatives à la *Loi sur les brevets* ont été effectuées depuis 1987. Les amendements les plus récents, adoptés en 1993, faisant partie de la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle* – ont été mis en œuvre le 1^{er} octobre 1996, de concert avec un nouveau jeu de règles. La loi canadienne sur les brevets est maintenant à jour et beaucoup plus accessible que la loi sur les brevets des États-Unis par exemple.

Les États-Unis ont fait quelques changements suite à l'accord TRIPS et un arrangement bilatéral avec le Japon, comme présenter un terme de brevet de vingt ans à partir du dépôt et une publication à compter de dix-huit mois. Les États-Unis débattent actuellement, devant le Congrès, d'autres révisions pour moderniser leur loi, incluant une nouvelle disposition « premier à déposer » pour remplacer leur système unique « premier à inventer ».

Ainsi, nul n'aurait prédit, il y a vingt ans, le progrès énorme qui a eu lieu. Nous sommes dans une période de croissance sans précédent dans l'ensemble du monde dans le domaine des brevets, puisque les corporations comptent de plus en plus sur la propriété intellectuelle pour ajouter de la valeur à leur bilan. L'on espère que cette

1. Le traité de coopération sur les brevets signé à Washington en 1980 et mis en vigueur au Canada en janvier 1990.

croissance n'accablera pas les infrastructures d'examen de pays à travers le monde, sans quoi un environnement anticoncurrentiel et abusif en résultera lentement. Quand je parle d'abus, je ne veux pas dire un abus intentionnel, mais celui qui résulte de la persistance des demandeurs de brevets à obtenir des brevets sur des développements qui ne sont pas véritablement brevetables ou à obtenir des revendications pour des brevets qui sont beaucoup plus larges que l'invention, à la lumière de l'art antérieur. Une telle situation est problématique et, si elle se répand, étouffera une compétition juste et honnête dans toute industrie.

À mon avis, tel est déjà le cas au Canada. Depuis trop longtemps, le Bureau canadien des brevets a mené un examen moins que sérieux des brevets. Plus souvent qu'autrement, l'industrie canadienne a fait face à des brevets qui contiennent des revendications plus larges que la contrepartie dans d'autres juridictions comme les États-Unis et l'Europe. Le coût pour les compétiteurs qui font face à de tels brevets est rebutant, puisque leur seul recours est de procéder devant la Cour fédérale pour faire déclarer l'invalidité du brevet.

Considérez que les Canadiens détiennent moins de 10 % des brevets non expirés au Canada. Ainsi, s'il y a un grand nombre de brevets canadiens qui sont potentiellement invalides et il s'ensuit que la grande majorité de ces brevets sont la propriété d'étrangers, on empêcherait les Canadiens de faire, d'utiliser ou de vendre des produits ou des processus en se servant de la connaissance déjà disponible au public canadien et qui devrait donc être libre de droits de brevets. Le coût au consommateur canadien serait élevé parce que le marché ne peut être alimenté que par le propriétaire du brevet. Puisque la majorité des brevets sont la propriété d'étrangers, il est probable que les fournitures seront importées.

Il ne faudrait pas s'inquiéter des brevets qui couvrent les vraies inventions, puisque le public n'aurait normalement pas eu la technologie et le droit exclusif disparaîtra en une période relativement brève. En fait, le Canada est un signataire de plusieurs traités internationaux comme la *Convention de Paris*, qui procure le même traitement aux étrangers pour l'obtention de brevets que les nationaux canadiens. Réciproquement, les Canadiens jouissent du même traitement dans d'autres pays (il y a maintenant, selon le dernier compte, 140 nations membres de la *Convention de Paris*).

Le rôle premier du Bureau canadien des brevets est d'examiner chaque demande pour un brevet. Si, après avoir mené une recherche

de l'art antérieur trouvé au Bureau des brevets, et après avoir demandé au demandeur le statut de l'examen dans d'autres pays, l'examineur considère que les revendications sont acceptables, le Commissaire doit octroyer le brevet. C'est la responsabilité importante de l'examineur de s'assurer que chaque revendication est acceptable à la lumière de l'art antérieur et si l'examineur croit que la demande ne satisfait pas les critères décrits dans la *Loi sur les brevets*, il ou elle doit refuser les revendications de brevet. Une partie de cet examen doit inclure la détermination que les revendications définissent quelque chose qui n'est pas évident en vue de l'art antérieur. Pendant plusieurs années, le Bureau canadien des brevets a manqué à sa responsabilité de bien examiner les demandes de brevets. Toutefois, depuis les sept ou huit dernières années, des efforts énormes ont été faits pour renverser cette tendance en engageant beaucoup de nouveaux examinateurs pour presque tripler les corps d'examen. Le Bureau canadien des brevets a maintenant joint le « club select » d'autorité en matière d'examen et de recherche sous le PCT.

À mon avis, le Canada n'a pas été bien servi par le système de brevets parce qu'il y a encore une loi qui est plus généreuse pour le demandeur, à bien des égards, que les systèmes de brevets qui existent dans les pays avec lesquels on a le plus d'échanges commerciaux. Un exemple est la période de grâce mentionnée à l'alinéa 28.2(1) a) de la *Loi canadienne sur les brevets* qui procure aux demandeurs une période de grâce de douze mois depuis la première publication de l'invention à la date de dépôt de la demande au Canada². Les États-Unis sont un autre pays qui offre cette généreuse option aux demandeurs. Toutefois, au moins 51 % des demandeurs qui déposent des demandes au Bureau des brevets des États-Unis sont Américains, comparativement à moins de 10 % de Canadiens qui déposent au Bureau canadien des brevets. Il est donc sensé pour les États-Unis de procurer une période de grâce puisque la majorité qui bénéficie de cette exception est américaine. Toutefois, puisque peu d'autres pays offrent une période de grâce, le Canada procure un avantage qui bénéficie pour la plupart à des étrangers sans un avantage semblable offert aux Canadiens dans d'autres pays.

Les tribunaux canadiens n'ont pas aidé à rectifier le seuil très bas pour l'octroi de brevets au Canada. Comme je le décrirai plus

2. Je suis un fervent défenseur de la période de grâce comme exigence essentielle dans un effort pour harmoniser les lois sur les brevets, mais le Canada ne peut se permettre d'être parmi l'un des quelques pays, comme les États-Unis et le Brésil, qui concèdent une exception aussi généreuse aux inventeurs.

loin, les tribunaux, et particulièrement la Cour d'appel fédérale, a baissé le seuil de non-évidence, un important critère pour déterminer la brevetabilité d'une invention. Cette tendance suit son cours depuis plus de vingt ans. Les Cours suprême et fédérale du Canada devraient exercer une approche plus proactive en élevant le seuil de brevetabilité, réduisant ainsi la portée de la protection concédée dans les brevets canadiens et en procurant plus de motifs pour que les examinateurs rejettent les demandes de brevets ayant des inventions autrement marginales.

Jusqu'à il y a 40 ans, il n'y avait pas de définition de « critère d'invention brevetable » ou de ce que signifie une invention autre que ce que l'on trouve à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*³ qui se lit comme suit :

[...] invention – Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

L'article 2 ne traite que de la nouveauté et de l'utilité, mais les tribunaux canadiens lisaient dans le mot « invention » un autre critère :

an impalpable something... which distinguishes things invented from things otherwise produced.⁴

Une autre expression favorite était une « scintilla of invention »⁵ et, éventuellement, dans la moitié des années 60, les tribunaux canadiens ont présenté la notion d'évidence lorsque l'on adopte la « Question Cripps » de l'arrêt de la Chambre des Lords dans *Martin and Biro Swan Ltd. c. H. Millwood Ltd.*⁶ :

Was it obvious to any skilled chemist in the state of chemical knowledge existing at the date of the patent... ?

3. R.S.C. (1985), art. 1 (pré oct. 1/89). L'article 2 demeure inchangé dans la loi après le 1^{er} octobre 1989, (voir *Loi sur les brevets*, 1993 c. 15, article 33).

4. Harold G. FOX, *On Patents*, 4^e éd. (Carswell, Toronto, 1969), p. 63 citant le juge MacLean dans *Crosley Radio Corp. c. Canadian General Electric Co. Ltd.*, [1935] R.C.É. 190 à la p. 197 ; [1936] R.C.S. 551.

5. *Raleigh Cycle Co. Ltd. c. Miller & Co. Ltd.*, [1948] 1 All E.R. 308 à 316 ; Harold G. FOX, *On Patents*, 4^e éd. (Carswell, Toronto, 1969), p. 64.

6. *Martin and Biro Swan Ltd. c. H. Millwood Ltd.*, [1956] R.P.C. 125.

La « Question Cripps » a éventuellement été approuvée par la Cour suprême du Canada dans *Farbwerke Hoechst A.G. c. Halocarbon (Ontario) Ltd.*⁷. Et comme elle a alors été utilisée par les tribunaux canadiens, elle était assez large pour permettre à la cour d'exercer de la discrétion sur une base cas par cas. Dans les années 1980, le juge Hugessen a exprimé le test dans une phrase tellement éloquent qu'elle est restée jusqu'à aujourd'hui sans défi important :

The classical touchstone for obviousness is the technician skilled in the art but having no scintilla of inventiveness or imagination ; a paragon of deduction and dexterity, wholly devoid of intuition ; a triumph of the left hemisphere over the right. The question to be asked is whether this mythical creature (the man in the Clapham omnibus of patent law) would in the light of the state of the art and of common general knowledge as at the claimed date of invention, have come directly and without difficulty to the solution taught by the patent. It is a very difficult test to satisfy.⁸

Comme on peut le voir avec ce test, le seuil pour l'évidence a été baissé considérablement. Auparavant, le juge Urie de la Cour d'appel fédérale dans *Beecham Canada Ltd. c. Proctor and Gamble Co.*⁹ avait présenté la notion d'un « unimaginative skilled technician ».

À mon avis, ce test va beaucoup trop loin en limitant l'étendue du technicien habile dans l'art. Imaginez un moment, quelqu'un qui n'a « pas d'imagination », « complètement dépourvu d'intuition » qui essaie de lire la documentation à la fine pointe. Comment ce technicien interprète-t-il ce que décrit un auteur dans n'importe quel document, étant donné l'absence de terminologie constante et les manques de communication de l'agent de brevet moyen ou de l'auteur technique, sans nommer la plupart des êtres humains ? Ne devons-nous pas utiliser notre imagination et notre intuition pour lire entre les lignes afin d'en arriver à un semblant de compréhension de ce que l'auteur veut expliquer ? Imaginez le technicien *Beloit* qui essaie de combiner le sujet de deux documents rédigés par des auteurs différents.

7. *Farbwerke Hoechst A.G. c. Halocarbon (Ontario) Ltd.* (1979), C.P.R. (2d) 145 à 156.

8. *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 à 294 (C.A.F.) ; appel à la Cour suprême refusé.

9. *Beecham Canada Ltd. c. Proctor and Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1 à 27 (C.A.F.).

Le juge Hugessen a également substitué « l'homme sur l'omnibus Clapham »¹⁰ qui, au fait, n'avait rien à voir avec la compréhension de l'art antérieur de brevet, pour considérer que :

the state of the art and common general knowledge as at the claimed date of invention, have come directly and without difficulty to the solution taught by the patent.

L'Homme dans l'omnibus Clapham n'est pas un technicien, encore moins est-il habile dans l'art. Il est ce que l'on appellerait de nos jours « l'homme ordinaire dans la rue ». Cet homme dans la rue est différent de ce que laisse entendre « la personne habile dans l'art », tel qu'utilisé dans des arrêts des tribunaux qui mettaient en cause des brevets. Le « technicien ou la personne habile dans l'art » doit connaître la technologie sur quoi il est testé, que ce soit la fabrication de souliers ou l'astrophysique. Il est cette personne à laquelle un brevet est adressé (du point de vue de la compréhension du mémoire descriptif) et à qui est adressée la question de l'évidence.

Enfin, le juge Hugessen conclut sa déclaration célèbre en déclarant que c'est « un test difficile à satisfaire ». Voulait-il invoquer l'article 45 (suivant la numérotation d'alors de la Loi), que la présomption de validité était difficile à surmonter ou que le test d'évidence, comme il venait de le décrire, était devenue beaucoup plus difficile ? Dans l'arrêt *Whirlpool*¹¹, la Cour suprême du Canada a donné un peu plus de crédibilité à la personne habile dans l'art :

Même s'il n'est pas considéré comme une personne à l'esprit inventif, le « travailleur moyen » hypothétique est tenu pour raisonnablement diligent lorsqu'il s'agit de tenir à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le domaine dont relève le brevet. Les « connaissances usuelles » des travailleurs versés dans un art évoluent et augmentent constamment.

10. « The man on the Clapham omnibus is a descriptive formulation of a reasonably educated and intelligent but non-specialist person – a reasonable man, a hypothetical person against whom a defendant's conduct might be judged in an English law civil action for negligence. This standard of care comparable to that which might be exercised by "the man on the Clapham omnibus" was first mentioned by Greer LJ in *Hall v. Brooklands Auto-Racing Club* (1933) 1 KB 205. [...] It is derived from the phrase the bald-headed man at the back of the Clapham omnibus, coined by the 19th century journalist Walter Bagehot to describe the normal man of London [...]. Omnibus is a now archaic expression for a public bus, but would have been common usage amongst the judiciary at the beginning of the 20th century. » Cette citation a été copiée du site Internet Wikipedia. Voir également une entrée intéressante dans le *Gray's Law Dictionary* (Internet) en date du 14 février 2007.

11. *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067.

Le juge Hughes de la Cour fédérale, en commentant sur le test *Beloit* susmentionné, a dit :

[112] Cette définition se rapproche dangereusement de la définition de l'antériorité formulée par la Cour suprême du Canada s'il faut l'interpréter comme signifiant que la personne versée dans l'art « ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination », que le fait d'arriver « directement et facilement » à la « solution que préconise le brevet » suppose qu'il ne doit y avoir qu'une seule façon d'arriver infailliblement à l'invention et que l'« invention décrite » est différente de la revendication correctement interprétée. Il ne servirait à rien d'examiner le caractère évident si ce critère, dans les faits, est très peu différent de celui de l'antériorité.¹²

Le juge Hughes continue en citant l'arrêt de la Cour suprême dans *Whirlpool*¹³ pour appuyer son opinion que la personne habile dans l'art est présumée n'avoir aucun attribut inventif :

À cet égard, le profil de la personne dépourvue d'esprit inventif et d'imagination dépeinte dans l'extrait précité de l'arrêt *Beloit* [*Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 à la page 294] a été modifié par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Whirlpool*. Au paragraphe 74, la Cour a précisé que même si elle n'est pas considérée comme une personne à l'esprit inventif, cette personne hypothétique est tenue pour raisonnablement diligente lorsqu'il s'agit de tenir à jour sa connaissance des progrès réalisés dans le domaine dont relève le brevet. Les connaissances usuelles des travailleurs versés dans un art évoluent et augmentent constamment.¹⁴

Comparez la « personne habile dans l'art » avec sa contrepartie américaine. Dans l'arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis, *KSR c. Teleflex*¹⁵, la déclaration suivante est cruciale :

Common sense teaches, however, that familiar items may have obvious uses beyond their primary purposes, and in many cases a person of ordinary skill will be able to fit the teachings of multiple patents together like pieces of a puzzle. [...] A person of

12. *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1234, conf. 2007 CAF 217 ; permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée 2007 CanLII 66767.

13. *Supra*, note 11.

14. Précité, au paragraphe 113.

15. *KSR International c. Teleflex Inc.* 550 U.S. ___. (2007-04-30), aux pages 16 et 17.

ordinary skill is also a person of ordinary creativity, not an automaton.

L'Office européen de brevets a adopté le test suivant quand il considère la personne habile dans l'art, tel qu'exprimé par Ingwer Koch, à la direction de la Loi sur les brevets à l'Office européen des brevets :

La notion de personne habile dans l'art devrait être un praticien ordinaire conscient de ce qu'était la connaissance générale dans l'art à la date pertinente ; peut être une équipe qui comporte des personnes ayant des expertises dans des domaines différents, c'est-à-dire une équipe de recherche ou de production ; n'est normalement pas censé être conscient de brevets de littérature technique dans une zone très éloignée ; adopterait une attitude conservatrice ;

n'irait jamais contre un préjugé établi ;

ne tenterait jamais d'entrer en « sacrosaint » ou des zones imprévisibles ;

ne prendrait jamais des risques non calculés.¹⁶

Sous la *Loi canadienne sur les brevets*¹⁷, l'article 28.3 prévoit un soutien légal à la notion d'évidence en termes de la troisième condition pour une invention brevetable. L'article se lit en partie comme suit :

28.3 L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas, à la date de revendication, être évident pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet, eu égard à toute communication :

- a) Qui a été faite, plus d'un an avant la date de dépôt de la demande, par le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs ;

16. Présenté à la conférence des affaires juridiques organisée par EGA (Association des génériques européens) le 19 février 2007.

17. *Loi sur les brevets*, 1993, c. 15, s. 33.

- b) Qui a été faite par toute autre personne avant la date de la revendication de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs. L.C. 1993, ch. 15, art. 33

Tout est prêt pour une notion appropriée de l'évidence dans le contexte de la brevetabilité. Ce qui manque est une poussée des tribunaux canadiens pour améliorer le lot de cette personne habile dans l'art. Sans exercer une chirurgie au cerveau pour lui fournir de l'imagination, nos tribunaux ont la possibilité d'adopter la définition bien raisonnée dans *KSR c. Teleflex*. En d'autres termes, la personne habile dans l'art peut avoir un peu de créativité quand elle lit l'art antérieur et une bonne dose de bon sens.

Pourquoi voudrait-on élever le seuil de brevetabilité au Canada ? À la fois aux États-Unis et au Canada, le seuil a été réduit à un niveau juste au-dessus de la nouveauté. Dans le cas *KSR c. Teleflex*, la Cour suprême des États-Unis est arrivée à élever le seuil de brevetabilité. Au Canada, on a d'autant plus de raisons d'élever le seuil, puisque notre ratio de possession étrangère à la possession domestique de nos brevets octroyés de 9 à 1 est disproportionné lorsque comparé aux États-Unis : le ratio est de 1 à 1.

Un bas seuil de brevetabilité réduit la compétition au Canada, surtout si ce seuil est plus bas que les normes de brevetabilité dans les juridictions de nos principaux partenaires commerciaux. Pour permettre à un détenteur de brevet américain d'obtenir une protection de brevet plus large au Canada que celle qu'il pourrait obtenir aux États-Unis, il en résulte un environnement relativement non concurrentiel au Canada comparativement aux États-Unis.

Les juges sont censés interpréter des lois non pas en ignorant le climat culturel et économique du Canada, mais en tenant compte des tendances toujours changeantes de la société. Un bas seuil de brevetabilité est contraire au bien-être d'une économie compétitive. Les brevetés, à la fois étrangers et domestiques, bénéficient des fruits de leurs inventions, mais laissez-nous protéger l'intérêt public avec ardeur en délimitant strictement les droits exclusifs octroyés pour protéger ces inventions.

Il y a une sérieuse question de politique à aborder au Canada, à savoir ce que devraient faire nos lois sur les brevets tout en respectant les obligations des traités dont le Canada fait partie. À mesure que le Canada continue sa transition économique d'un fournisseur

de ressources naturelles à un compétiteur mondial de biens fabriqués et de services haute technologie et de processus, il doit avoir, comme la plupart de ses partenaires commerciaux, une stratégie de brevet qui sert les Canadiens en premier lieu. À mon avis, tant que le Canada est un importateur net de technologie, les tribunaux et le Bureau canadien des brevets doivent élever le seuil de l'évidence en déterminant la brevetabilité. Enfin, nos législateurs ont une obligation de voter des lois sur les brevets qui ne sont pas plus généreuses aux détenteurs de brevets qu'il est nécessaire pour répondre aux obligations des traités.

Félicitations à l'éditeur et à ceux qui publient les *Cahiers de la propriété intellectuelle* pour leurs valeureux efforts pour assurer une publication française d'articles de grande qualité et pertinents à une communauté vibrante en propriété intellectuelle. Aux vingt prochaines années et plus !

