ayants droit. La politique de radiodiffusion est l'expression d'une volonté nationaliste. Elle accorde priorité à la promotion des entreprises culturelles canadiennes; c'est à l'opposé du principe cardinal en matière de droit d'auteur fondé sur un traitement semblable de toutes les prestations créatrices protégées.

Vol. 8, nº 3

À cheval donné, on ne retient pas la bride: l'abandon du brevet au bénéfice du public

André Dorion[1]

INTRODUCTION 449

I- L'ABANDON DU BREVET AU BÉNÉFICE DU PUBLIC 451

A- Historique 451

B- Lois étrangères 452

II- DOCTRINE CANADIENNE 453

A- Les précurseurs 453

B- Gordon Henderson 455

i. L'abandon d'un brevet au bénéfice du public: une cession ou bien une licence permanente au public? 456

ii. Le principe de *common law* de l'*estoppel* 456

iii. La doctrine de l'*estoppel* peut-elle s'appliquer à l'abandon? 457

© André Dorion, 1996.

1. L'auteur est avocat aux Services juridiques d'Industrie Canada, division du droit de la concurrence et des consommateurs. Les opinions de l'auteur ne reflètent pas nécessairement celles du gouvernement du Canada et ne sauraient donc être interprétées comme représentant la position de ce dernier sur le sujet.
L'auteur aimerait remercier les personnes suivantes pour leur précieuse collaboration à cet article: Mᵉ David Edwards, Mᵉ Diane Champagne, Mᵉ Carole Vary, Mᵉ Johanne Daniel, M. Stéphane Beaulac et Mme Louise G. Bernier.

iv. L'abandon peut-il soustraire le breveté aux foudres d'un tribunal? 458

III- APPLICATIONS CONTEMPORAINES DU PRINCIPE DE L'ABANDON 458

A- Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés 458

i. La constitutionnalité des pouvoirs du conseil 459

ii. L'affaire *Genentech* 461

iii. Le projet de loi C-91 462

B- Implications au niveau du droit de la concurrence 463

i. Les brevets de produits pharmaceutiques 463

ii. Les autres inventions brevetées 464

iii. Les remèdes de la *Loi sur la concurrence* 465

C- Applications au Québec, province de droit civil 467

CONCLUSION 468

INTRODUCTION

Pourquoi s'intéresser à cette question obscure du droit des brevets? Qu'est-ce que l'abandon[2] du brevet au bénéfice du public? Comment un principe de *common law* qui n'est même pas codifié dans la *Loi sur les brevets* peut-il avoir des conséquences commerciales de plusieurs millions de dollars, des incidences potentielles importantes au niveau constitutionnel, des effets anti-concurrentiels dévastateurs? Que fait le législateur pour y remédier?

Ces questions nous ont amené à examiner un sujet fascinant, un phénomène qui prend son origine dans le bénéfice au public mais qui est vraisemblablement utilisé de nos jours au détriment de ce même public. À l'origine, il s'agissait à la fois d'un moyen philanthropique pour les inventeurs de renoncer à leur monopole sur une invention susceptible de servir le bien commun, ou de corriger jadis certaines erreurs dans le mémoire ou dans les prétentions de fonctionnement de l'invention[3].

Rappelons en effet que le concept de brevet est plus ancien que celui des lois anti-monopoles. Cependant, la théorie économique en est venue à considérer le brevet (et plus tard tous les droits de propriété intellectuelle) comme une exception valide à l'interdiction des monopoles. Il s'agissait donc encore, et toujours, d'instaurer un

2. L'auteur adopte ici un des termes utilisés par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, tribunal administratif dont il sera question plus loin. Le sixième rapport annuel de ce tribunal emploie toutefois l'expression «cédé au domaine public». Comme ces deux notions ont une existence propre en droit civil, et qu'il s'agit vraisemblablement d'une traduction, il est loin d'être certain qu'elle soit appropriée. Il est à noter que l'Office canadien de propriété intellectuelle semble utiliser le mot «dédié» sur les dossiers dont le brevet a été abandonné au bénéfice du public, ce qui nous semble à tout le moins un barbarisme. Le droit français utilise le mot «renonciation», ce qui semble correspondre plus justement à la réalité juridique du geste. Cependant, vu le risque de confusion avec l'article 48 de la *Loi sur les brevets*, qui l'emploie à un autre escient, nous conserverons le mot «abandon».

3. Comme le prévoient toujours les articles 47 et 48 de la *Loi sur les brevets*, ch. P-4, L.R.C. telle que modifiée. Cependant, il est certain que ces articles ne codifient pas le concept d'abandon, mais sont plutôt un moyen plus manifeste d'établir l'autorité du Commissaire des brevets (aujourd'hui l'Office canadien de propriété intellectuelle), en matière de correction d'erreurs dans les brevets.

climat favorisant non seulement la créativité mais également le moteur économique qui entoure le processus inventif menant à l'obtention d'un brevet, soit les investissements importants en recherche et développement et, lors de l'exploitation, l'attribution de licences menant à d'importants transferts de technologie.

L'abandon du brevet au bénéfice du public est peu connu de nos jours. En anglais, *dedication*[4], *surrender*[5] ou *abandonment*[6], *to the benefit of the public*, le terme varie selon le principe de droit examiné. La doctrine ne s'est pas penchée sur cette notion depuis des décennies. Un tribunal administratif chargé de l'application d'une partie de la *Loi sur les brevets* semble lui attribuer une définition incomplète:

> Avis donné par le breveté au Commissaire aux brevets selon lequel il cède d'une façon irrévocable au public canadien ses droits de propriété exclusifs à l'égard du brevet.[7]

En effet, nous verrons plus loin[8] que la prérogative de l'abandon semble exister en *common law*, sans nécessiter l'aval ou la participation du Commissaire des brevets, par exemple. De plus, il n'est pas certain que la décision d'abandonner soit irrévocable au niveau de la capacité du fonctionnaire de refuser une deuxième demande[9].

Plus récemment, le Conseil précisait:

> Although the term *patent dedication* is not recognized in the *Patent Act*, the practice of dedication which has evolved consists of the patentee notifying the Commissioner of Patents that it has surrendered its rights and entitlements flowing from the patent for the benefit of the public to use and enjoy.[10]

Nous proposons donc d'examiner l'origine historique de la notion d'abandon du brevet au bénéfice du public ainsi que la doctrine

4. Droit américain; pourtant, comme nous le verrons plus loin, Gordon Henderson semble donner ses lettres de noblesse à ce titre en droit canadien.
5. Droit anglo-australien.
6. Droit canadien.
7. Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, *Quatrième rapport annuel*, 1991, Approvisionnements et services Canada, 1992, 70 p.
8. Voir la section I-B.
9. Voir la section II-B iii.
10. Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés, *Bulletin* n° 15, jan. 1995, p. 8.
La version française varie quelque peu:
«Bien que l'expression «cession du brevet au domaine publique» **[sic]** ne soit pas utilisée dans la *Loi sur les brevets*, en pratique, le breveté remet au commissaire des brevets un avis indiquant qu'il a cédé au domaine publique *[re-sic]* tous ses droits découlant du brevet.»

canadienne classique à ce sujet. De plus, nous avons identifié plusieurs questions contemporaines qui peuvent intriguer le juriste: la constitutionnalité des pouvoirs d'un tribunal administratif qui veut enrayer l'abus de l'abandon, les implications anti-concurrentielles de son exercice et les remèdes de la *Loi sur la concurrence*, et l'utilisation aléatoire de la notion d'abandon au Québec, province de droit civil.

I- L'ABANDON DU BREVET AU BÉNÉFICE DU PUBLIC

A- Historique

Il est bien connu que le droit canadien des brevets s'inspire du monopole royal anglais conféré par les lettres patentes[11]. Pourtant, la nécessité de relations commerciales paisibles avec le voisin du sud entraîna très tôt un certain effort d'harmonisation au Canada[12], toutefois limité par la nature constitutionnelle fondamentale du droit américain[13]. Or, si l'origine du principe de l'abandon du brevet au bénéfice du public semble se perdre dans la nuit du XIX[e] siècle, il pourrait sembler logique de supposer qu'il provient du droit américain. Nous pouvons ainsi spéculer que ce principe serait peu compatible avec l'origine britannique du droit de brevet, soit le privilège monopolistique octroyé par la Couronne[14]; cette dernière accepterait difficilement de laisser au privilégié le droit de décider ou non de l'abandon de ce «don» royal.

11. Lire à ce sujet: Robert H. BARRIGAR et Christopher ROBINSON, «Some Notes on the Historical Development of Patent Law in Colonial Canada and Other British Colonies», (1989-90) 5 *Intellectual Property Journal*, vol. 5, p. 391-403.
12. Lord Tomlin, du Conseil privé, affirme ainsi:
«It may be true that the framers of the earlier Canadian statutes relating to patents looked for a model towards the American law rather than towards the English law, but there are marked differences between the American and Canadian statutes, and an examination of the development of American patent law is not of assistance in construing the language of the statute now under consideration.»
Rice v. *Christiani & Nielsen*, [1931] A.C. 770 (P.C.)
13. La juridiction fédérale américaine sur les brevets est en effet un *droit* garanti dans le *corpus* de la Constitution américaine de 1783, art. 1, sec. 8, alors que la juridiction fédérale canadienne se retrouve dans la liste des *pouvoirs* du gouvernement fédéral.
14. Notons d'ailleurs cet extrait d'un jugement ancien de la Cour suprême:
«Our statute defines what is patentable. I am not clear that the ground it covers is identical with that portion of the Royal Prerogative reserved and preserved by statute as the foundation in England for grants of the like kind of rights.»
Electric Fireproofing Co. of Canada v. *Electric Fireproofing Co.* (1909), 43 S.C.R. 182.

Il est dès lors beaucoup plus compatible avec le droit américain de prévoir qu'un inventeur pourrait vouloir faire bénéficier le public de son invention, malgré l'octroi passé par le gouvernement d'un brevet tel que requis par la législation fédérale, en vertu du pouvoir constitutionnel relatif aux brevets d'invention. Cela s'inscrit très bien dans la méfiance traditionnelle aux États-Unis à l'égard d'un gouvernement fédéral envahissant, méfiance qui est demeurée constante jusqu'à nos jours et qui semble même s'incruster dans les moeurs canadiennes! D'ailleurs, il est question de l'*abandonment* dans un ouvrage de doctrine américain dès 1890[15].

B- Lois étrangères

Bien que l'abandon ne soit pas réglementé en droit canadien, on le retrouve dans les législations américaine et australienne. En droit britannique, le *surrender* ne semble exister que pour éviter les procédures en révocation de brevet[16], confirmant peut-être notre hypothèse d'incompatibilité avec l'origine «royale» du monopole.

Le droit américain est succinct à ce sujet. Le libellé des articles 251 et 252 du *Patents Act* est sans équivoque quant à l'effet relatif d'un abandon: toute action en cours et même toute raison d'action demeure valide, puisqu'on ne donne effet à l'abandon qu'à la réémission d'un brevet pour cause d'erreur ou d'invalidité, le cas échéant.

Par la suite, l'article 253, 2e alinéa, prévoit spécifiquement l'abandon au bénéfice du public et ce, pour la balance du terme du brevet ou bien pour une période de temps menant au terme du brevet[17].

La loi australienne de 1990, à l'article 137, prévoit l'abandon du brevet au bénéfice du public. Par contre, alors que les pratiques américaine et canadienne ne conditionnent pas la validité du geste à la formalité d'avis au Commissaire (ou Bureau) des brevets, le droit australien semble avoir intégré totalement ce principe de *common law* au mécanisme administratif réglementaire. On y retrouve également un paragraphe obligeant le Commissaire des brevets à refuser l'abandon en présence de toute procédure juridique en cours, sans l'accord préalable de la cour ou bien des parties[18].

15. William C. ROBINSON, *The Law of Patents for useful inventions*, Boston, Little and Brown, 1890, p. 282, 287.
16. Lire à ce sujet: David YOUNG et al., *Terrell on the Law of Patents*, London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 348.
17. *Patents*, 35 U.S.C.A., Édition 1976, mise à jour de 1991.
18. *Australie, Patents Act of 1990*, in: *Industrial Property Laws and Treaties of the world*, WIPO, 1991.

Comme nous l'avons déjà noté plus tôt[19], le droit français possède une notion appelée «renonciation»[20], qui semble objectivement correspondre plus adéquatement à la réalité juridique que nous tentons de cerner. Toutefois, la renonciation pouvant être partielle[21], ne devant pas porter préjudice au tiers[22], et devant être enregistrée, toute comparaison serait difficile dans le cadre de cet article. En effet, ces facteurs ne retrouvent pas vraiment d'équivalent dans les législations de *common law* qui nous intéressent, ni en droit civil québécois, pour analyser la notion d'abandon en droit canadien.

II- DOCTRINE CANADIENNE

A- Les précurseurs

Nous retrouvons la notion d'abandon sous les formes d'*abandonment* et de *dedication* dans des ouvrages canadiens dès le siècle dernier.

Dans son ouvrage intitulé *Treatise on the Patent Law of the Dominion of Canada*[23], John G. Ridout lie l'existence du principe d'abandon au public à l'exigence que ce dernier n'ait pas eu un accès préalable quelconque à l'invention. En effet, les articles 7[24]

19. *Supra*, note 2.
20. *Loi sur les brevets d'invention du 2 janvier 1968*, modifiée, art. 47, in: Bruno PHELIP, *Brevets d'inventions*, Paris, J. Delmas et cie, 1989.
21. Bruno PHELIP, *Brevets d'inventions*, Paris, J. Delmas et Cie, 1989, p. 177: «À compter du 1er janvier 1969, le propriétaire du brevet peut, à tout moment pendant la durée du brevet, renoncer par une déclaration écrite, soit à la totalité du brevet, soit à une ou plusieurs revendications du brevet.»
22. *Ibid.*: «La renonciation ne doit pas porter préjudice aux tiers qui auraient acquis des droits sur le brevet. Aussi, si des droits réels, de gage ou de licence, ont été inscrits au Registre national des brevets, la déclaration de renonciation n'est recevable que si elle est accompagnée du consentement des titulaires de ces droits. Les droits du licencié, par exemple, restent donc conservés; une clause spéciale du contrat de licence est donc inutile à cet égard.»
23. John G. RIDOUT, *Treatise on the Patent Law of the Dominion of Canada*, Toronto, Rowsell & Hutchison, 1894, p. 139-140.
24. «7. Any person who has invented any new and useful art, machine, manufacture [...] which was not known or used by any other person before his invention thereof, and which has not been in *public use* or on sale with the *consent or allowance* of the inventor thereof, for more than one year previously to his application for patent therefor in Canada may [...] obtain a patent granting to such person an exclusive property in such invention.»
Comparer avec l'alinéa 27(1)(d) de la *Loi sur les brevets* actuelle:
«27.(1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l'inventeur [...] peut [...] se faire délivrer un brevet lui donnant la propriété exclusive de l'invention en cause, sauf dans les cas suivants: [...]

et 16[25] de la *Loi sur les brevets* de l'époque[26] prescrivent tous deux cette exigence. Selon cet auteur, lorsqu'une invention a été utilisée par le public avec la permission de l'inventeur depuis plus d'un an lors de la demande de brevet, il y a présomption que cette invention a été abandonnée au public[27]. Il tire cette conclusion d'un ancien jugement ontarien[28]. Toutefois, comme il semble considérer que l'abandon en vertu de cet article 7 doit être prouvé hors de tout doute raisonnable[29], il faut distinguer cette notion de celle qui nous préoccupe actuellement.

Les auteurs Fisher et Smart, dans *Canadian Patent Law and Practice*[30], prônent une approche plus pragmatique du problème, en utilisant le droit comparé canado-américain. Ils font d'ailleurs la toute première constatation de l'absence de la notion d'abandon au bénéfice du public dans la loi canadienne[31]. Ils expliquent que l'intention d'abandonner le bénéfice de son invention au public doit être clairement prouvée. Elle pourrait cependant, comme dans le cas de l'article 7, être présumée statutairement. Le bénéfice de l'invention peut être abandonné au public avant, au moment ou après la demande d'émission du brevet.

d) plus d'un an avant la date de dépôt de la demande, l'invention a fait l'objet de la part du demandeur, ou d'un tiers ayant eu l'information à cet égard de façon directe ou autrement, d'une communication qui l'a rendue accessible au public au Canada ou ailleurs.»

25. «16. The commissioner may object to grant a patent in any of the following cases: [...]
(b) When it appears to him that the invention is already in the possession of the public, with the consent or allowance of the inventor; [...]
(d) When it appears to him that the invention has been described in a book or other printed publication before the date of the application, or is otherwise in the possession of the public; [...] »
26. The *Patent Act of Canada*, ch. 61 (1886) R.S.C., tel qu'amendé.
27. *Op. cit.*, note 23, p. 139.
28. *Ibid.*: «In *Hessin* v. *Coppin*, 19 *Grant*, p. 629 (Ont.), 1873, the inventor of a new machine, before taking out a patent, rected and sold a machine embodying his invention, and the purchaser had it in use three years before the inventor procured a patent. The machine so sold was not put up for experimenting, but was sold as a complete machine: »
Held, that the inventor had lost his right to a patent.»
29. *Id.*, p. 140. Toutefois, il cite à l'appui de la jurisprudence américaine, procédé qui nous paraît douteux lorsqu'il s'agit d'établir en droit canadien un fardeau de preuve aussi lourd.
30. Harold FISHER, Russel S. SMART et W.J. LYNCH, *Canadian Patent Law and Practice*, Toronto, Canada Law Books, 1914, p. 55 à 61.
31. Id., p. 55:
«In the Canadian Statute the word *abandonment* does not appear. It is believed, however, that the law as to abandonment is substantially the same in Canada as in the United States.»

Par la suite, Fisher et Smart puisent abondamment dans la jurisprudence américaine pour démontrer que l'abandon peut être explicite ou implicite. Pourtant, une fois qu'il a été constaté, tout droit à un brevet doit être considéré comme éteint[32].

L'édition 1937 de l'ouvrage de Fox[33] précise l'évolution de la doctrine:

> Abandonment may arise either from express words on the part of the inventor by disclaiming any exclusive privilege in the invention or by conferring it upon the public or by conduct from which may be assumed such an intention. The question of abandonment is entirely one of evidence going to shew [*sic*] an intention to throw the invention open to the public and the lack of intention of obtaining an exclusive privilege therefor.

Fox constate toutefois l'absence de base statutaire pour cette doctrine[34], délaissant la théorie de ses prédécesseurs Ridout et Fisher/Smart quant à l'origine de la notion.

B- Gordon Henderson

Le principe de *patent dedication* n'a pas été traité plus récemment, semble-t-il, que par le regretté Gordon Henderson, en 1946[35] et 1948[36]. Nous croyons qu'il s'agit là d'un mystère insondable. Si son interprétation du principe à l'époque est correcte, nous serions en présence aujourd'hui d'une échappatoire majeure aux lois canadiennes en matière de brevets, ou possiblement de concurrence. En effet, il évoque la première possibilité dans son article initial. Quant à la seconde, nous y reviendrons[37].

Il faut d'abord mentionner que bien que la pratique veuille qu'un avis public d'abandon soit aussi communiqué à l'Office canadien de la propriété intellectuelle, il n'y a aucune exigence statutaire à cet

32. *Id.*, p. 56.
33. Harold George FOX, *The Canadian Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, Toronto, Carswell, 1937, p. 167.
34. *Id.*, p. 166:
«There is not in the Canadian Statute any authority for the doctrine of abandonment, as it exists in the United States, although a somewhat similar doctrine may be found within the common law.»
35. Gordon F. HENDERSON, «Dedication of an invention by surrender of a patent to the public», *Canadian Patent Reporter*, vol. 5, 1946, p. 110 à 115.
36. Gordon F. HENDERSON, «Dedication to public use», *Canadian Patent Reporter*, vol. 7, 1948, p. 90-91.
37. Voir *supra*, section III-B.

effet. Et il est peu probable que la pratique suffise à asseoir solidement l'autorité de l'Office en matière d'abandon, alors qu'elle est prescrite dans d'autres pays de tradition de *common law*, comme nous l'avons souligné précédemment[38].

Henderson commente, dans son deuxième article sur le sujet, un cas d'abandon de brevet au bénéfice du public, qui s'était effectué à l'époque à la fois aux États-Unis et au Canada. Il soulève dans ses deux oeuvres d'intéressantes questions que nous nous proposons d'examiner.

i. L'abandon d'un brevet au bénéfice du public: une cession ou bien une licence permanente au public?

L'effet serait le même, puisqu'il devrait s'agir ici d'une présomption de cession ou de licence, tant que le législateur n'en codifie pas l'exercice. Serait-elle irréfragable, y compris si l'ancien breveté change d'avis? Gordon Henderson y répond:

> The instrument [*l'abandon lui-même*] is not a document falling within ss. 51 and 52 of the *Patent Act* [*maintenant l'article 48*]...If the document does not constitute an assignment or a license it may be contended that the patentee could revoke the dedication at will.[39] [Les italiques sont de nous]

ii. Le principe de common law de l'estoppel

Avant de continuer notre analyse des propos de Gordon Henderson, nous nous permettons un aparté sur le principe de l'*estoppel*: notion de *common law* qui signifie généralement que toute renonciation à un droit de propriété et, par conséquent à le défendre en justice, ne permet pas à la personne qui l'a faite de procéder ensuite contre toute personne, connaissant ceci, s'est prévalue de droits ou privilèges à cet égard.

En droit de la propriété intellectuelle, ce principe trouve évidemment son application dans la cession ou la licence d'un brevet[40]. En effet, toute cession ou licence ne constitue-t-elle pas une renonciation temporaire, ou même permanente si la licence est renouvelée jusqu'à expiration du brevet, aux droits et prérogatives d'un breveté par le détenteur du brevet?

38. Voir *supra*, section I-B.
39. *Op. cit.*, note 35, p. 113.
40. La Chambre des Lords a donné droit de cité au principe de l'*estoppel* pour les licences dans l'affaire *Crossley* c. *Dixon*, (1863) 11 ER 1039.

Il est permis de tracer un parallèle avec l'*estoppel* qui empêcherait un breveté ayant abandonné son brevet au bénéfice du public de renoncer à son abandon et ainsi poursuivre de futurs «pirates» de son invention ainsi récupérée. Ce parallèle ne tient cependant que lorsque l'on assimile l'abandon à une licence générale au public ou à une cession.

iii. La doctrine de l'estoppel peut-elle s'appliquer à l'abandon?

Henderson poursuit sa réflexion, qui vise bien sûr à déterminer comment un utilisateur subséquent de l'invention dont le brevet a été abandonné pourrait se protéger d'une poursuite intempestive de l'ancien détenteur du brevet:

> On the other hand, if the party effecting the dedication attempted to revoke the dedication and take action for infringement it is submitted he would be estopped from denying the right of the alleged infringer to use. The infringer would have relied to his detriment on the public representations made by the patentee. Estoppel would not apply however against one who commenced to use after a public revocation of the dedication.[41]

Ainsi, Henderson répond à deux de nos questions: l'abandon en droit canadien n'est pas subordonné au bon vouloir du Commissaire des brevets (maintenant l'Office canadien de propriété intellectuelle), et une certaine doctrine de l'*estoppel* pourrait s'appliquer. En effet, il écrit:

> The public spirited action of the patentee may readily result in a distinct personal benefit.[42]

Cette dernière remarque nous amène à penser que les tribunaux pourraient plus facilement se fier à la doctrine de l'*estoppel* qu'à une licence ou une cession présumée pour reconnaître ou non l'existence d'un abandon de brevet au bénéfice du public. Il serait ainsi plus aisé à un juge de recourir à une doctrine de *common law* pour rendre justice et refuser qu'un ancien breveté puisse réclamer à nouveau son monopole, plutôt que de se hasarder à une théorie à laquelle le législateur n'a pu songer, l'article 48 de la *Loi sur les brevets* en faisant foi[43].

41. *Op. cit.*, note 35, p. 113.
42. *Id.*, p. 114.
43. Cet article traite en effet strictement des «renonciations» (en anglais «*disclaimers*») suivant la découverte d'une erreur dans la description ou les prétentions d'un brevet, sans évidemment prévoir le retour en arrière.

iv. L'abandon d'un brevet au bénéfice du public peut-il soustraire un breveté aux foudres d'un tribunal?

Gordon Henderson, dans son article de 1948[44], relate le cas de deux abandons. Lors d'une affaire en invalidité de brevet engagée par le Commissaire des brevets devant la Cour de l'Échiquier[45], l'intimé a présenté comme moyen préliminaire qu'ayant abandonné les brevets litigieux en question au public, ces derniers devraient être rayés de la liste de ceux considérés dans cette affaire d'invalidité.

La Cour a refusé de les rayer, mais sans donner de motifs écrits. Il s'agit somme toute d'un précédent fort limité, qui ne saurait être utile sous d'autres circonstances plus significatives, comme par exemple une contestation de la constitutionnalité de la loi créant un tribunal administratif tel le Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés, ou de son autorité.

III- APPLICATIONS CONTEMPORAINES DU PRINCIPE DE L'ABANDON

A- Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés

En 1987, le législateur fédéral tentait de juguler certains abus de corporations de produits pharmaceutiques en matière de brevets en créant le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, un tribunal administratif avec des pouvoirs relativement étendus. Déjà, en 1969, la mise sur pied du régime de licences obligatoires pour brevets d'aliments et surtout de médicaments, par le biais d'une modification de la *Loi sur les brevets*[46], visait à prévenir des hausses de coûts vertigineuses pour les programmes de soins de santé provinciaux et les consommateurs.

Puis, en 1987, le projet de loi C-22[47] mettait sur pied le Conseil. Ses pouvoirs ont été décrits comme suit:

> Les pouvoirs du Conseil d'examen sont triples: il agit successivement comme enquêteur, procureur et juge. Il jouit d'une autonomie complète sur ses ordonnances car le gouvernement n'a reçu aucun pouvoir explicite ou implicite d'intervention sur les directives émises par le Conseil d'examen selon les termes mêmes de la *Loi sur les brevets*. Toutefois ses décisions sont sujettes à l'examen judiciaire de la Cour fédérale du Canada sur des questions de compétence ou de procédure[48].

44. *Op. cit.*, note 36, p. 91.
45. Affaires non rapportées: *Re Ful-Vue Sales Company* et *Re American Optical Company*, 1947.
46. *Loi modifiant la Loi sur les brevets, la Loi sur les marques de commerce et la Loi des aliments et drogues*, c. 49, 1968-69, 17-18 Elizabeth II.
47. *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, c. 41, 1987, 35-36 Elizabeth II.

i. La constitutionnalité des pouvoirs du Conseil

Un tel organisme ne pouvait que voir tôt ou tard ses pouvoirs contestés au point de vue constitutionnel. Il n'était nullement certain au départ que la création d'un nouveau régime juridique fédéral s'adressant directement aux prix de vente d'articles serait couronnée de succès. Le défi du législateur était alors d'en attribuer la parenté au régime fédéral en matière de brevets, plutôt que du domaine de la propriété et des droits civils.

L'affaire *Re Manitoba Society of Seniors and A.G. for Canada*[49] semble avoir réglé de façon convaincante le problème. Le demandeur recherchait un jugement déclaratoire qui aurait invalidé l'article 15 de la Loi C-22. Il alléguait que le but du régime réglementaire était une question relevant de la juridiction des provinces sous l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba, sous la plume du juge Dureault, a rejeté la demande. S'inspirant de la méthode de recherche du «*pith and substance*» de la loi, il déclare que le but du législateur était d'augmenter la protection accordée aux détenteurs de brevets de nouveaux médicaments:

> The price review regime is but one component of the broader regime of patent exclusivity brought about by the impugned provisions and is essentially a device for dealing with excessive prices resulting from patent abuse. As indicated, the remedial actions are loss of patent exclusivity or reintroduction of competition through compulsory licensing. How could such actions, directing a return to the earlier regime of immediate compulsory licensing, be considered anything but the valid exercises of patent power. The fact that, as a last resort, the Board may seek enforcement of its rollback orders through a superior court process does not change the fundamental nature of the legisla-

48. Michel COTNOIR, *Le cadre juridique de la mise en marché du médicament en droit pharmaceutique canadien*, thèse de doctorat en droit de la santé, Université de Bordeaux I, Montréal, Thémis, 1994, p. 422.
49. (1991) 35 C.P.R. (3d) 66 [Manitoba Queen's Bench].

tion from the field of patent to that of property and civil rights, *i.e.*, price control.[50]

Pourtant, durant ses premières années d'existence, le Conseil a surtout joué le rôle d'un molosse à la chaîne trop courte. Il semble que les moyens réglementaires n'étaient pas suffisants pour jouer un rôle efficace, qui aurait à la longue dissuadé les excès. Jusqu'en 1992, aucune entreprise ne fut condamnée ou frappée d'ordonnances; toutes les affaires s'étaient résolues au stade des procédures préliminaires, ou bien les brevetés visés s'étaient soustraits à la juridiction du Conseil en abandonnant leurs brevets au public[51].

Ainsi, n'étant plus un «breveté» ou producteur d'un «médicament lié à une invention brevetée»[52], par l'abandon du brevet au bénéfice du public, toute personne morale se libère de l'obligation de rendre compte de ses politiques de prix. Le Conseil lui-même reconnaissait jadis cet état du droit:

> According to advice received to date, a dedication has the effect of terminating the patent protection for the medicine, thus removing it from the Board's jurisdiction and potentially subjecting the product to immediate competition.[53]

Ce n'est plus le cas présentement. Dans son bulletin de janvier 1995, le Conseil avait annoncé son intention d'exercer sa juridiction par-delà l'abandon:

> [...] the Board believes that the proper interpretation of *patentee*, as defined in section 79, includes a patentee in the post-dedication period. The Board is of the view that a dedicating patentee continues to be 'entitled to the benefit of the patent' beyond the date of the patent surrender.[54]

À noter que la version française dit plutôt:

> En conséquence, le Conseil estime que le mot «breveté» ou l'expression «titulaire d'un brevet» au sens de l'article 79 comprend la personne qui a cédé son brevet au domaine publique

50. *Id.*, p. 73 pour la *ratio decidendi*.
51. Mais l'adoption du projet de loi C-91, malgré son abolition du pouvoir d'octroi de licences obligatoires pour le Conseil, semble avoir eu l'effet de fouetter l'application de son régime particulier. Lire à ce sujet: C.E.P.M.B., Sixième rapport annuel – 1993, Harry C. EASTMAN (Président), Ottawa, 1994.
52. Au sens de l'article 79(1) de la *Loi sur les brevets*.
53. Conseil d'examen du prix des produits brevetés, *Rapport annuel*, Approvisionnements et services Canada, 1989, p. 14.
54. *Op. cit.*, note 10, p. 9.

> [sic]. Selon le Conseil, le breveté qui a cédé son brevet au domaine publique [re-sic] continue «d'avoir droit à l'avantage de son brevet» après la date de cette cession.

C'est ici que le bât blesse. En effet, alors que la version anglaise permet la gymnastique juridique proposée par le Conseil, soit la fiction que «the benefit of a patent» se prolonge au-delà de l'abandon, un juriste francophone pourrait en conclure autrement. La présence du vocable «droit à l'avantage de son brevet» suivi du mot «cession» permettrait d'en conclure différemment. Comment donc concilier l'extension du pouvoir du Conseil, basé sur «le droit à l'avantage d'un brevet» alors que le principe juridique de «cession» implique ici un abandon de toute prétention à l'exercice de ce droit à l'avenir.

Notons que suite à la parution des numéros 17[55] et 18[56] de son bulletin, le Conseil a confirmé cette politique, en vigueur depuis janvier 1996.

ii. L'affaire Genentech

Pour la première fois en 1992, en dehors de ses rapports annuels, le Conseil avait décidé de combattre l'abandon au public du brevet sur le médicament Activase de Genentech Canada Inc., en affirmant maintenir son autorité nonobstant cet abandon.

Après le rejet d'un moyen préliminaire en août 1992, Genentech Inc. a décidé de faire réviser cette décision devant la Cour fédérale[57]. Elle se basait sur l'abandon de son statut de breveté, ce qui aurait pour effet de la soustraire à la juridiction du Conseil, malgré que ce dernier avait donné avis des audiences publiques avant que Genentech ait signifié son intention d'abandonner son brevet au bénéfice du public.

Le tout s'est toutefois réglé en 1993 par un engagement de conformité volontaire de Genentech, par lequel le Conseil a retiré son ordonnance en retour d'une baisse immédiate du prix du médicament et d'un versement de 1,755 million de dollars au gouvernement canadien[58].

55. CEPMB, *Bulletin* n° 17, oct. 1995, p. 3.
56. CEPMB, *Bulletin*, n° 18, jan. 1996, p. 4.
57. *Genentech Inc. et al. c. Patented Medicine Prices Review Board et al.*, Cour fédérale du Canada, dossier T-2317-92.
58. CEPMB, Rapport annuel 1993, p. 13

iii. Le projet de loi C-91

Bien qu'il ait éliminé virtuellement le programme de licences obligatoires pour brevets de produits pharmaceutiques, le projet de loi C-91[59] prétendait quand même maintenir le rôle de chien de garde du Conseil.

Ce qui passe toutefois inaperçu, c'est la modification de l'article 79 de la *Loi sur les brevets*, à la définition de «breveté ou titulaire d'un brevet» aux fins de la section concernant le Conseil:

> La personne ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet pour une invention liée à un médicament, *ainsi que quiconque était titulaire d'un brevet pour une telle invention ou exerce ou a exercé les droits d'un titulaire* dans un cadre autre qu'une licence prorogée en vertu du paragraphe 11(1) de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*. [les italiques sont de nous]

Ce paragraphe, relatif aux ordonnances de réduction de prix des médicaments brevetés, prévoit en outre:

> Le présent article ne permet pas de prendre une ordonnance à l'encontre des anciens brevetés qui, plus de trois ans avant le début des procédures, ont cessé d'avoir droit aux avantages du brevet ou d'exercer les droits du titulaire.[60]

Ces deux modifications paraissaient boucher en partie le trou béant auquel nous faisions allusion depuis le début de cet article. Toutefois, leur objet premier n'était que de codifier les restrictions auxquelles la Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle astreint les pays signataires en matière de licences obligatoires pour les brevets. Si le Conseil se hasarde à tenter de faire élargir son mandat pour couvrir le phénomène de l'abandon au bénéfice du public, nous craignons qu'une interprétation du libellé de ce paragraphe en anglais ne couvrirait pas l'abandon volontaire, mais seulement la fin de la période statutaire de protection du brevet:

> No order may be made under this section in respect to a former patentee who, more than three years before the day on which the proceedings in the matter commenced, ceased to be entitled to the benefit of the patent or to exercise any rights in relation to the patent.[61]

59. *Loi modifiant la Loi sur les brevets ainsi qu'une autre loi en conséquence et prévoyant des dispositions connexes*, projet de loi C-91, ch. 2, L.C., 40-41 Elizabeth II.
60. Article 83(7) *Loi sur les brevets*, L.R.C., ch. P-4, telle que modifiée.

On peut aussi interpéter qu'il faudrait sans doute introduire l'élément volontaire de l'abandon dans le langage utilisé, pour que le Conseil puisse vraisemblablement prétendre exercer validement sa juridiction. C'est ce que ce dernier semble craindre. Les versions française et anglaise de l'article 79 ne semblant pas concorder[62], il faudra recourir aux règles d'interprétation croisée, qui favorisent la recherche du sens commun[63].

En terminant, il faut conclure que le législateur a enfin donné au Conseil les moyens pour exercer convenablement sa mission. Le Conseil utilise désormais de façon efficace les engagements de conformité volontaire aux Lignes directrices qu'il émet, pour éviter aux sociétés examinées, ainsi qu'aux contribuables, les conséquences d'une audience publique.

Mais plus important encore, le Conseil s'attaque à une pratique qui entraîne un coût social considérable. Il révèle d'ailleurs l'étendue de l'exercice de cet échappatoire dans son Bulletin d'octobre 1995[64].

B- Implications au niveau de la concurrence

i. Les brevets de produits pharmaceutiques

Pour revenir à l'article-clé de Gordon Henderson[65], on y trouve un passage intéressant concernant un autre effet pernicieux potentiel du phénomène de l'abandon du brevet au public:

> On the other hand, the dedication of the patent to the public will operate to prevent an application to the Commissioner for an exclusive license. The special «know how» and heavy initial expense may provide the patentee who has surrendered the patent with a sufficient early advantage to discourage competition from developing in Canada. The patentee is then free to exploit his invention in Canada.[66]

61. *Ibid.*
62. Comparer en effet avec l'interprétation que semble en faire le Conseil dans son Bulletin de janvier 1995; *supra*, note 54.
63. Lire à ce sujet: P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e édition, Yvon Blais, 1990, p. 243 et s.
64. *Op. cit.*, note 55, p. 5.
65. *Supra*, note 35.
66. *Op. cit.*, note 35, p. 114.

En d'autres mots, qu'est-ce qui empêche un laboratoire de produits pharmaceutiques, par exemple, de dépenser des millions de dollars en recherche et développement pour un médicament et de faire breveter le processus. Ensuite, il pourrait abandonner son brevet au bénéfice du public dès que semble se présenter la possibilité d'émission d'une licence obligatoire en vertu de l'article 66 de la *Loi sur les brevets*, abandon soigneusement publicisé?

Tant qu'à être forcée maintenant à l'évidence, il pourrait en profiter pour vendre son médicament à prix prohibitif, en attendant que l'industrie des médicaments génériques se positionne pour le concurrencer. Il ne faut en effet pas oublier que, pour ce faire, un laboratoire de production générique[67] se doit de copier[68] la formule du médicament d'origine, de la tester, d'obtenir l'approbation du ministère fédéral de la Santé et de commencer la production de masse précédée d'un effort massif de mise en marché. Comme nous l'avons mentionné précédemment[69], le Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés pourrait ne plus avoir compétence pour l'en empêcher. C'est d'ailleurs ce que ce dernier tente de résoudre suite au processus de consultation publique[70] sur le sujet. Il semble reconnaître le risque que cette interprétation de son mandat soit adoptée par les tribunaux, en l'absence de disposition expresse. Reste à voir le sens qui sera donné à ce mandat étendu que le Conseil s'est donné suite à cette consultation.

Il faut noter que les mêmes remarques s'appliqueraient à une situation où l'inventeur ne prend pas de brevet: il n'y a pas d'obligation de dévoiler le processus, et le Conseil n'a toujours pas compétence. L'avantage concurrentiel serait toutefois d'une plus courte durée, et il lui faudrait risquer la fuite de secrets commerciaux sans pouvoir bénéficier du régime de protection des brevets.

ii. Les autres inventions brevetées

Mais le problème auquel fait prophétiquement allusion Henderson se situe dans l'hypothèse d'une personne morale étrangère titulaire dans son pays d'origine d'un brevet sur une invention nécessitant de forts investissements en capital, qui demande et obtient un brevet au Canada. Elle importe le produit et bénéficie d'un monopole durant trois ans. Lorsqu'une demande sera déposée en vertu de l'article 65 de la *Loi sur les brevets* pour l'octroi d'une licence obligatoire à la personne qui en ferait la demande pour abus au Canada[71], l'abandon serait proclamé et la concurrence serait ouverte à tous.

67. Rappelons-nous également que, d'un point de vue stratégique, l'abandon du programme de licences obligatoires comme élément de l'arsenal du Conseil a fait en sorte que ces laboratoires génériques se sont résignés à attendre la fin de la période de protection statutaire de 17 ou 20 ans, selon le cas, avant de pouvoir concurrencer le détenteur du brevet du produit d'origine. Dans les faits, les corporations génériques semblent entamer cette préparation de deux à trois ans avant la fin de cette période. Dans le cas d'un abandon, évidemment, le détenteur d'origine n'aura certes pas la courtoisie de les prévenir.
68. Ou y arriver par le biais du «reverse engineering».
69. Voir partie II-A.
70. *Op. cit.*, note 54.

Ainsi, l'entreprise requérant une licence obligatoire se retrouverait en situation de concurrence libre et sans les droits qu'elle pourrait faire respecter en tant que licenciée. Les lourds investissements en capital nécessaires apparaîtront beaucoup moins attrayants aux compétiteurs voulant mettre en marché des produits «génériques»[72] et l'ancien breveté pourrait désormais jouir d'un monopole de fait, découlant de son abandon.

iii. Les remèdes de la Loi sur la concurrence

En vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*[73], de tels agissements par une entreprise détenant un part significative d'un marché particulier pourraient se voir qualifier d'abus de position dominante dans le marché[74]. Cette disposition récente, soit 1986, remplace l'ancienne interdiction criminelle du monopole, qui s'était avérée difficile d'application.

Cette révision de la Loi crée donc des «pratiques examinables» par le Directeur des enquêtes et recherches, fonctionnaire chargé de son application. Si son enquête démontre une pratique d'actes anticoncurrentiels[75] qui sont le résultat de la position dominante d'une ou plusieurs entreprises dans le marché correspondant, il peut alors

71. Articles 65(2)c) à f) de la *Loi sur les brevets*. Curieusement, les brevets liés à un médicament sont exclus des abus prévus à 65(2)a et b), mais pas des autres alinéas.
72. Médicaments conçus à partir de la formulation d'un médicament breveté, que ce soit par «reverse engineering» ou encore jadis par le biais d'une licence obligatoire du détenteur du brevet. Une véritable industrie «générique» s'est développée au Canada depuis 1969, comme alternative moins coûteuse pour les programmes de soins de santé provinciaux. Lire à ce sujet: Thierry ORLHAC, «Les nouvelles dispositions de la loi canadienne sur les brevets en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou comment tomber de mal en pis», (1990) 6 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 276.
73. L.R.C., Ch. C-34, telle que modifiée.
74. Lire à ce sujet l'excellent article de Rob ANDERSON, Dev KHOSLA et Mark RONAYNE, «The Competition Policy Treatment of Intellectual Property Rights in Canada: Retrospect and Prospect», in: *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, 1991, The Institute of Research in Public Policy, ch. 23.
75. Dont certains sont définis dans une liste non limitative à l'article 78 de la Loi.

s'adresser au Tribunal de la concurrence[76] pour obtenir divers moyens d'y remédier.

Il existe toutefois une exception, à l'article 79(5) de la *Loi sur la concurrence*[77] pour les droits découlant de la *Loi sur les brevets*. Si d'aventure le Tribunal de la concurrence, sur demande du Directeur des enquêtes et recherches, se penchait sur de telles activités touchant des produits pharmaceutiques, l'entreprise visée pourrait se prévaloir de cette disposition. Mais il est probable qu'en ayant abandonné ainsi son brevet au bénéfice du public, une telle entreprise abandonnerait également son droit à l'exception, puisque le droit d'abandon ne découle pas de la loi, mais bien de la *common law*.

De plus, dans sa fameuse décision sur l'aspartame[78], le Tribunal de la concurrence a refusé de se prononcer sur la pertinence des éléments de défense élaborés par l'intimée Nutrasweet en vertu de l'alinéa 79(5) de la *Loi sur la concurrence*. Ces derniers étaient basés sur l'exercice valide de sa marque de commerce, soit le logo «tourbillon» bien connu apposé sur les produits contenant de l'aspartame et de son brevet américain. Mieux encore, en donnant raison au Directeur, le Tribunal énonce:

> Selon le Tribunal, NSC n'a pas droit à une protection plus grande contre la concurrence que celle qui lui a été conférée par un brevet qui lui a donné une longueur d'avance sur les concurrents éventuels.[79]

Ce dernier semble donc reconnaître qu'en cas d'abus de ces droits de propriété intellectuelle dans des comportements anti-concurrentiels, l'exception de l'alinéa 79(5) ne s'appliquerait pas. La simple existence de droits de propriété intellectuelle valides ne justifie pas de tels comportements. Nous croyons d'ailleurs que l'économie générale de la *Loi sur la concurrence* appuie ce raisonnement[80].

76. Instauré en vertu de la *Loi sur le tribunal de la concurrence*, L.R. (1985), c. 19 (2e suppl.), telle que modifiée.
77. *Op. cit.*, note 73:
«Pour l'application du présent article, un agissement résultant du *seul fait de l'exercice* de quelque droit ou de la jouissance de *quelque intérêt* découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.»
78. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Nutrasweet Co.*, (1990) 32 C.P.R. (3d) 1.
79. *Id.*, p. 102.
80. Notons la présence de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*, qui permet au Procureur général du Canada de demander à la Cour fédérale une variété de mesures visant à attaquer les situations d'abus de droits de propriété intellectuelle réduisant indûment la concurrence. Cependant, la présence même du terme «indûment» qu'on retrouve également à l'article 45 de cette loi pourrait expliquer son utilisation parcimonieuse. On n'y a pas fait appel depuis le début des années soixante-dix, et il n'y a jamais eu de jurisprudence à cet effet.

Le Conseil a déjà identifié plusieurs problèmes (dont les entraves à l'accès)[81] soulevés par la pratique de l'abandon, au niveau concurrentiel. Il reste à voir si les deux organismes aux mandats complémentaires pourront remédier à ces questions.

C- Applications au Québec, province de droit civil

Avant de conclure, il y a quelques questions d'intérêt quant à la validité d'un tel abandon par un breveté au Québec. En effet, le principe d'abandon émane de la *common law* canadienne. Pourtant, comme l'indique la doctrine:

> Le droit des brevets ne découlant ni de la common law ni du *Code civil* a été créé par le Législateur fédéral qui disposait de la pleine compétence constitutionnelle pour agir.[82]

Alors que pour d'autres cas en propriété intellectuelle nous n'aurions qu'à nous référer à la jurisprudence et la doctrine constitutionnelle des pouvoirs et droits connexes à un pouvoir exclusif fédéral, nous nous retrouvons devant un vide pour qualifier cet aspect québécois du problème. D'abord, il ne s'agit pas vraisemblablement d'un droit connexe à une législation fédérale[83], puisque la *Loi sur les brevets* n'en pipe mot. De manière sémantique, l'on peut également se demander si l'abandon d'un droit ne constituerait pas l'exercice de ce droit[84].

Ensuite, une décision d'un tribunal selon laquelle l'abandon d'un brevet au bénéfice du public relèverait de la propriété et des droits civils selon l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pourrait assujettir une telle pratique au droit civil, qui régit après tout les modalités de renonciation à un droit[85].

81. *Op. cit.*, note 55, p. 9.
82. *Op. cit.*, note 48, p. 300.
83. En l'occurrence, l'art. 91(22) *Loi constitutionnelle de 1867*.
84. Ce qui limiterait la portée jurisprudentielle de l'arrêt *Re Manitoba Society of Seniors and A.G. for Canada*, qui de toute façon a été rendu alors que le régime existant était celui créé par la loi C-22 de 1987, modifié depuis. *Supra*, note 47.
85. Citons notamment la renonciation à l'emphytéose, article 1211 du *Code civil du Québec*; à une prescription, articles 2883 à 2888; et à une succession, articles 646 à 652. Il serait intéressant de voir comment une cour du Québec interpréterait la renonciation à un droit de propriété intellectuelle, maintenant mentionné à l'article 458 du *Code civil*.

On peut également se demander si l'abandon devrait être étudié à la lumière du droit civil, qui semble muet à ce sujet, ou s'il serait considéré comme une licence permanente au public, qualifiée de contrat d'ordre public par lequel l'ancien breveté s'engage à ne pas exercer ses droits de poursuite et de propriété intellectuelle? Cette dernière question s'avère encore plus complexe:

> Le législateur canadien, comme la plupart des autres, accorde seulement un monopole d'exploitation à l'inventeur. Il ne s'agit pas d'un droit de propriété au sens du droit civil mais bien, comme on l'a souligné, d'un concept de propriété dont l'existence et les limites sont établies par le Parlement canadien. Il n'est alors pas spécieux de parler de droit de propriété *sui generis*.[86]

Il faudrait donc faire table rase et, selon le raisonnement constitutionnel adopté, envisager de codifier l'abandon dans le *Code civil du Québec* ou encore dans la *common law* fédérale dite «statutaire».

CONCLUSION

Le phénomène de l'abandon d'un brevet au bénéfice du public est d'après nous l'archétype des «merveilleux» problèmes juridiques que notre système juridique bicéphale peut engendrer. Malheureusement, il est détourné afin de permettre d'échapper au courroux légitime du gouvernement.

Pour l'instant, il importe de reconnaître l'importance d'une telle échappatoire pour une industrie dont les ventes totales de médicaments brevetés étaient pour 1993 de l'ordre de 2,4 milliards de dollars au Canada[87]. Le Conseil estime les coûts pour la société à 39,9 millions de dollars, pour la période entre le 1er janvier 1989 et le 1er juillet 1995[88].

Quand on songe qu'un des pouvoirs du Conseil vise des mesures de réduction des prix du médicament breveté et même la possibilité de forcer la réduction des prix d'un autre médicament du même breveté[89], on peut aisément comprendre l'attrait de cette échappatoire. Par exemple, toujours en 1993, le Conseil a obtenu six engagements de conformité volontaire qui prévoyaient à la fois des baisses de prix et le versement de quelque 6,5 millions de dollars[90].

86. *Op. cit.*, note 48, p. 303.
87. CEPMB, *Rapport Annuel*, Approvisionnement et services, 1993, p. 5.
88. *Op. cit.*, note 55, p. 6.
89. *Loi sur les brevets*, article 83.
90. *Supra*, note 87, p. i.

Un cynique pourrait observer que, malgré toutes les campagnes de publicité qui ont accompagné l'intense lobbying lors des deux dernières révisions de la *Loi sur les brevets*, l'intérêt du public n'est pas au coeur des préoccupations de tous. Les pratiques de certains géants du domaine pharmaceutique visent plutôt à échapper à ce qui est considéré comme un régime quasi-judiciaire gênant.

Nous sommes d'avis que le gouvernement est pourtant prudent en atténuant les dangers de cet anachronisme, pour son régime relatif aux prix des médicaments brevetés. Il sera intéressant de suivre les contestations judiciaires qui attendent sûrement la décision du Conseil d'étendre son mandat au-delà de l'abandon.

À la lumière des applications et problèmes potentiels exposés dans cet article, le législateur devra vraisemblablement poursuivre son travail pour enfin prévoir l'abandon du brevet au bénéfice du public dans la *Loi sur les brevets* et l'interpréter soigneusement afin que cette pratique puisse jouer à nouveau son rôle d'intérêt public aux accents philanthropiques...