

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20230328

Dossier : T-1752-21

Référence : 2023 CF 424

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Toronto (Ontario), le 28 mars 2023

En présence de madame la juge Furlanetto

ENTRE :

THE COCA-COLA COMPANY

appelante

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

intimé

JUGEMENT ET MOTIFS

[1] L'appelante, The Coca-Cola Company [TCCC], interjette appel d'une décision [la Décision] du 13 mai 2021 du commissaire aux brevets [le commissaire] dans laquelle le commissaire a adopté les recommandations de la Commission d'appel des brevets [CAB], et a refusé d'accorder un brevet pour la demande de brevet canadien n° 2,718,279 [la demande] au motif que les revendications de la demande étaient évidentes et ne satisfaisaient pas à l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, LRC 1985, c P-4 [*Loi sur les brevets*].

[2] Pour les motifs exposés plus loin, j'estime que le commissaire a commis une erreur de droit dans son appréciation du concept inventif des revendications relatives à la méthode nouvellement proposées. À ce titre, la demande est renvoyée au commissaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue sur les revendications relatives à la méthode de la revendication proposée, établies en vertu de l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*. À mon avis, le reste des arguments de l'appelante ne soulève pas d'erreur susceptible de contrôle.

I. Contexte

[3] TCCC est la propriétaire de la demande intitulée « Polymère de polyéthylène téréphtalate d'origine biologique et son procédé de fabrication », laquelle a été déposée le 3 mars 2009, et revendique la priorité par rapport à deux demandes de brevets américains. La demande concerne des contenants en plastique pour boissons et aliments et des procédés de fabrication de contenants pour boissons et aliments à partir de polymères de polyéthylène téréphtalate [le PET], le polymère PET comprenant un composé téréphtalate et/ou un composé diol dérivé, du moins en partie, de matériaux d'origine biologique.

[4] Selon le contexte de la demande, le PET est une matière première largement utilisée pour fabriquer des articles d'emballage, tels que des contenants à boissons et pour aliments. Cependant, la plupart des méthodes commerciales de production du PET reposent sur des matières premières dérivées de la pétrochimie, coûteuses et non renouvelables, et qui contribuent aux émissions de gaz à effet de serre en raison de la teneur élevée en carbone dérivé du pétrole.

[5] La demande fait référence à des approches antérieures visant à remplacer le PET d'origine pétrochimique par des bioplastiques d'acide polylactique [l'APL] fabriqués à partir de matériaux d'origine biologique tels que le maïs, le riz ou d'autres plantes productrices de sucre et d'amidon. Toutefois, elle explique qu'il est difficile d'intégrer l'APL dans les lignes de production et les systèmes de recyclage de PET actuels en raison des propriétés considérablement différentes de l'APL et du PET. La demande propose qu'il soit souhaitable que le PET soit dérivé de ressources renouvelables partageant des propriétés similaires à celles du PET dérivé du pétrole afin qu'il puisse être traité dans les installations de fabrication de PET existantes et/ou puisse être facilement recyclé au moyen de systèmes conçus pour recycler le PET dérivé du pétrole.

[6] La demande décrit la concrétisation de l'invention, soit un contenant à boisson ou pour aliment constitué d'un polymère PET, y compris un composé téréphtalate et/ou un composé diol dérivé au moins partiellement d'au moins un matériau d'origine biologique (défini comme un matériau organique dans lequel le carbone provient de sources biologiques non fossiles), et une méthode de production du polymère PET d'origine biologique.

[7] Jusqu'à présent, la demande a donné lieu à de longues poursuites, y compris une présentation d'art antérieur par un tiers, et cinq actes de l'office.

[8] Dans le quatrième acte de l'office, l'examineur a soulevé des objections, notamment sur la base de la nouveauté et de l'évidence, citant le brevet américain n° 6,500,890 [D5] comme

référence applicable et affirmant que les revendications auraient été évidentes eu égard à D5 compte tenu des connaissances générales courantes [les CGC].

[9] En réponse au quatrième acte de l'office, TCCC a modifié ses revendications, laissant 22 revendications au dossier, lesquelles étaient les revendications au dossier [revendications au dossier] pour la Décision. À l'exception de la revendication 22, chacune des revendications au dossier concerne un contenant à boisson ou pour aliments qui nécessite que le polymère PET comprenne un composé téréphtalate dérivé de produits pétrochimiques et un composé diol dérivé au moins partiellement d'au moins un matériau d'origine biologique. La revendication 22 porte sur un [TRADUCTION] « contenant d'origine biologique » de polymère PET d'origine biologique et est la seule revendication dans laquelle le composé téréphtalate et/ou le composé diol est au moins partiellement dérivé d'au moins un matériau d'origine biologique.

[10] En réponse au quatrième acte de l'office, TCCC a également présenté trois déclarations.

- A. La déclaration de Robert J. Schiavone, datée du 16 septembre 2016 [la déclaration Schiavone], vice-président de PolyTech Resources, qui est déclaré expert en plastique d'emballage PET. M. Schiavone commente les méthodes de fabrication des bouteilles de boissons PET, les motivations de quelqu'un qui cherche à convertir des plastiques en bouteilles à la date applicable, ainsi que le coût et la disponibilité des matières premières provenant de la biomasse à ce moment-là;
- B. La déclaration d'Andrew Rodbell, datée du 26 mars 2015 [la déclaration Rodbell], qui est directeur, Marketing et développement des affaires de PlantBottle_{MD}, la réalisation commerciale de la prétendue invention de la demande, à TCCC. M. Rodbell discute de la commercialisation et des ventes de PlantBottle_{MD};
- C. La déclaration de Geoffrey L. Henry, datée du 21 août 2012 [la déclaration Henry], qui est le directeur de DASANI_{MD} à TCCC. M. Henry discute du succès commercial allégué de PlantBottle_{MD} et de sa reconnaissance dans l'industrie.

[11] Le 23 octobre 2017, une décision finale [la DF] a été rendue à l'égard de la demande, dans laquelle l'examineur a maintenu des objections à l'égard de toutes les revendications au dossier en raison d'un manque de nouveauté et d'évidence, et a invoqué le caractère indéfini à l'égard d'un certain nombre des revendications.

[12] Le 20 avril 2018, TCCC a présenté sa réponse à la décision finale [la RDF] accompagnée d'un ensemble proposé de 41 nouveaux arguments et revendications à l'appui de leur brevetabilité.

[13] Entre avril et juin 2018, deux entrevues ont eu lieu avec l'examineur, au cours desquelles l'examineur a informé TCCC que les revendications étaient considérées comme nouvelles, mais que l'objection relative à l'évidence serait maintenue.

[14] Le 13 septembre 2018, TCCC a été avisée que la demande était transmise à la CAB pour examen par le commissaire. L'objection fondée sur l'évidence des revendications au dossier a été maintenue à la lumière de deux références, D5 et la demande américaine n° 20080103340 [le premier D6]. Des revendications particulières ont également été rejetées en raison de leur caractère indéfini. Le nouvel ensemble de revendications a également été jugé évident et d'autres lacunes ont été relevées à l'égard de revendications particulières.

[15] Le 12 février 2021, la CAB a présenté sa révision préliminaire [la RP], affirmant que les revendications au dossier n'étaient pas indéfinies, mais a maintenu l'objection fondée sur l'évidence. La CAB a également maintenu son objection fondée sur l'évidence du nouvel

ensemble de revendications. Toutefois, contrairement à l'examineur, la CAB n'a pas utilisé D5 comme référence principale et n'a plus fait référence au premier D6. La CAB a plutôt renvoyé à une nouvelle référence – la demande de brevet japonais n° 2007-176873 [D6], qui, selon elle, tenait compte de [TRADUCTION] « l'état de la technique ». La CAB a considéré que les revendications étaient évidentes compte tenu de D6 lorsqu'il est combiné à D5 et aux CGC.

II. Décision faisant l'objet du contrôle

[16] Le 15 mars 2021, TCCC a présenté sa réponse à la RP [la RRP] dans laquelle elle proposait un ensemble modifié de 18 revendications [les revendications proposées] et a fourni des observations écrites à l'appui de leur brevetabilité. En plus des revendications relatives à un contenant de boisson et à une bouteille de polymère PET, les revendications proposées comprenaient des revendications relatives à une méthode de production d'un polymère PET d'origine biologique pour un contenant à boisson qui ne faisaient pas partie des revendications au dossier.

[17] Le 30 mars 2021, une audience a été tenue.

[18] Le 13 mai 2021, le commissaire a rendu la Décision, qui portait sur les revendications au dossier et les revendications proposées et a adopté les recommandations de la CAB.

[19] Ce faisant, le commissaire a décrit les enseignements des références D5 et D6 et a adopté les différences entre le concept inventif des revendications au dossier et l'art antérieur tel qu'il est énoncé dans la RP, comme suit :

[38] D5 divulgue la production de résines améliorées en polyéthylène téréphtalate destinées à être utilisées dans des emballages rigides, comme des contenants à boissons gazeuses de deux litres (colonne 1). En particulier, la qualité de la résine de la bouteille est améliorée par l'ajout de petites quantités d'un additif de particules inertes, qui permet de créer des résines qui peuvent être formées en bouteilles à grande clarté et qui ont un coefficient de frottement réduit.

[39] D6 divulgue la production de résines à l'aide de matières premières issues de la biomasse, une ressource carboneutre et renouvelable, comme une variante aux matières premières dérivées du pétrole. La biomasse n'est pas limitée – tout composé organique synthétisé à partir de dioxyde de carbone et d'eau par l'énergie solaire est envisagé, y compris : maïs, canne à sucre, kénaf, légumineuses, paille, paillettes (par. [0030]). Les méthodes de transformation de la biomasse en divers composés organiques dérivés de la biomasse sont divulguées, y compris l'éthylène glycol et l'acide téréphtalique (par. [0019]). D6 divulgue en outre, au paragraphe [0083], l'utilisation de méthodes conventionnelles pour la synthèse de polyéthylène téréphtalate à l'aide de matières premières issues de la biomasse (c'est-à-dire, le PET d'origine biologique). D6 conclut que les résines obtenues par la présente invention peuvent simultanément résoudre les problèmes de suppression du réchauffement climatique en raison de la circulation du dioxyde de carbone, de l'épuisement des ressources et autres sans compromettre les caractéristiques mécaniques, la résistance à la chaleur et les semblables des résines connues, et sont utiles pour les produits moulés à la résine, les fibres et les applications de film.

[40] La lettre de RP, à la page 9, a relevé les différences entre l'art antérieur cité et le concept inventif des revendications :

[...]

- D6 ne divulgue pas expressément que les contenants à boissons ou à aliments peuvent être fabriqués à partir de PET d'origine biologique.
- D5 ne divulgue pas l'utilisation de composés d'origine biologique dans la préparation de contenants à boissons en PET.
- Ni D6 ni D5 ne divulguent les contenants d'origine biologique comprenant la source et

les quantités indiquées du téréphtalate ou du diol.

[20] Le commissaire a déterminé que la personne versée dans l'art [la PVA] aurait été motivée à « combiner l'utilisation de matières premières dérivées de la biomasse dans des méthodes conventionnelles de production de produits PET, comme les résines de bouteilles en polyester divulguées dans D5 » et « aurait pu s'attendre à ce que les matières premières dérivées de la biomasse puissent être utilisées de manière interchangeable avec les matières dérivées du pétrole dans toute méthode de production de PET en fonction de la théorie atomique moderne ».

[21] Le commissaire a conclu que les revendications au dossier et les revendications proposées étaient évidentes et a affirmé que les deux séries de revendications étaient définitives.

III. Questions en litige et norme de contrôle

[22] L'exigence selon laquelle un brevet ne doit pas être évident figure à l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*. L'alinéa 28.3b), qui s'applique à la demande en l'espèce, est libellé comme suit :

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

[...]
b) qui a été faite par toute autre personne avant la date de la revendication de manière telle qu'elle est

28.3 The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada must be subject-matter that would not have been obvious on the claim date to a person skilled in the art or science to which it pertains, having regard to

[...]
(b) information disclosed before the claim date by a person not mentioned in paragraph (a) in such a

devenue accessible au public au Canada ou ailleurs.

manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere.

[23] Le critère à quatre volets relatif à l'évidence a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Apotex Inc c Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [*Plavix*] au paragraphe 67 :

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l'art ».
- b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation;
- (3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité?

[24] L'analyse de l'essai allant de soi peut être prise en compte dans le cadre de la quatrième étape de l'analyse de l'évidence, y compris la question de savoir s'il y avait une motivation à trouver la solution revendiquée : *Plavix*, aux para 69-71.

[25] TCCC ne conteste pas le fait que le commissaire a cité le bon critère juridique dans la Décision en faisant référence au critère à quatre volets de l'arrêt *Plavix*, mais affirme que le commissaire a commis plusieurs erreurs de droit et mixtes de fait et de droit dans l'exécution de son analyse.

[26] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- A. Le commissaire a-t-il commis une erreur en omettant d'interpréter correctement le concept inventif de chacune des revendications?
- B. Le commissaire a-t-il commis une erreur en omettant de considérer des indices secondaires de non-évidence?
- C. Le commissaire a-t-il commis une erreur en introduisant abusivement une preuve de CGC sans donner à TCCC l'occasion d'y répondre?
- D. Le commissaire a-t-il commis une erreur en réduisant indûment l'écart entre l'état de la technique et le concept inventif des revendications?
- E. Le commissaire a-t-il commis une erreur en n'établissant pas la repérabilité de la nouvelle référence, D6, et en n'expliquant pas comment la PVA allait combiner l'art cité?

[27] Il n'est pas contesté que, en l'espèce, la Cour doit recourir aux normes de contrôle applicables en appel : *Choueifaty c Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837 aux para 21-22; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 aux para 36-37. Les questions de droit doivent être évaluées selon la norme de la décision correcte, alors que les questions mixtes de fait et de droit, lorsque le principe juridique ou la question de droit n'est pas isolable, doivent être évaluées selon la norme de l'« erreur manifeste et déterminante » : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33 aux para 36-37. Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, alors que par erreur « dominante », on entend une erreur qui touche la conclusion d'un décideur ou qui touche directement à l'issue de l'affaire : *Canada c South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165 au para 46.

[28] TCCC affirme, et je suis de son avis, que les deux premières questions sont des questions de droit (*Bayer Inc c Cobalt Pharmaceuticals Co*, 2016 CF 1013 au para 111) qui sont assujetties

à la norme de la décision correcte, tandis que les autres sont des questions mixtes de fait et de droit et sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante.

IV. Analyse

A. *Le commissaire a-t-il commis une erreur en omettant d'interpréter correctement le concept inventif de chacune des revendications?*

[29] TCCC soutient que le commissaire a commis une erreur dans son approche du concept inventif. Premièrement, elle affirme que le commissaire a commis une erreur en omettant d'interpréter le concept inventif en fonction de chaque revendication. Elle s'appuie sur l'arrêt *Zero Spill Systems (Int'l) Inc c Heide*, 2015 CAF 115 [*Zero Spill*], qui indique que l'évidence et la détermination du concept inventif doivent être pris en compte au cas par cas; par ailleurs, une revendication indépendante suffisamment étroite pour échapper à l'art antérieur peut ne pas être trouvée. Comme il est indiqué aux paragraphes 83, 87 à 88, 94 et 104 de l'arrêt *Zero Spill* :

[83] Ensemble, les articles 28.2, 28.3 et 58 de la *Loi sur les brevets* prévoient que l'invalidité pour cause d'antériorité ou d'évidence doit être déterminée pour chaque revendication.

[...]

[87] En ce qui concerne l'évidence, la Cour suprême du Canada a établi dans ce même arrêt une démarche à quatre volets, dont le deuxième consiste à « définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation » (non souligné dans l'original) : au paragraphe 67.

[88] Ce qui ressort de ces deux extraits, qui lient les cours fédérales, c'est que chaque revendication visée par une allégation d'antériorité ou d'évidence doit être examinée séparément.

[...]

[94] La Cour fédérale devait examiner la validité de chacune des revendications du brevet 064. En ne le faisant pas, elle a commis une erreur de droit. Même si la revendication 13 est effectivement

une revendication indépendante, les revendications dépendantes en cascade restreignent de par leur nature les revendications dont elles dépendent : *Purdue Pharma c. Pharmascience Inc.*, 2009 CF 726, au paragraphe 10. La conséquence sur l'antériorité ou l'évidence est qu'une revendication pourrait devenir suffisamment restreinte pour ne pas être visée par ces contestations fondées sur l'art antérieur, même s'il est possible que les revendications plus larges soient invalides.

[...]

[104] À mon sens, la Cour fédérale a adopté la même méthode qu'elle avait adoptée concernant le brevet 064, une méthode que j'ai jugée erronée. Que le texte des revendications fût en litige ou non, la Cour fédérale devait interpréter ou déterminer le concept inventif de chacune des neuf revendications en cause, puis analyser les combinaisons des différents éléments revendiqués pour savoir si elles étaient inventives : *Bridgeview Manufacturing*, précité.

[30] Deuxièmement, et en lien avec la première erreur alléguée, TCCC soutient que le commissaire a commis une erreur en excluant la recyclabilité du polymère PET d'origine biologique au moyen de systèmes de recyclage conçus pour le PET dérivé du pétrole du concept inventif d'au moins la revendication 18 des revendications proposées.

[31] L'intimé soutient que l'appelante ne peut contester l'accent mis par le commissaire sur les revendications indépendantes, puisqu'elle ne l'a pas fait plus tôt dans la poursuite et qu'elle a d'ailleurs adopté la même approche dans sa propre réponse à la CAB. Conformément à cette approche, l'intimé affirme que TCCC a également choisi de faire valoir un concept inventif unique dérivé des revendications indépendantes des revendications au dossier et, dans sa RRP, des revendications indépendantes des revendications proposées.

[32] L'intimé soutient que le commissaire a considéré et rejeté la recyclabilité comme faisant partie du concept inventif parce qu'il ne s'agissait pas d'un avantage des composés d'origine

biologique par rapport au PET dérivé par voie pétrochimique. Il affirme que TCCC n'est qu'en désaccord avec les conclusions du commissaire.

[33] Il n'est pas contesté que le commissaire a concentré son analyse sur les revendications indépendantes au dossier. Comme il est mentionné dans la décision, dans la lettre de RP, la CAB a exprimé son opinion préliminaire selon laquelle les revendications indépendantes 1, 8, 9 et 22 étaient représentatives des revendications au dossier aux fins de son analyse.

[34] Toutefois, à mon avis, il n'est pas exact de dire que le commissaire n'a pas tenu compte des revendications dépendantes des revendications au dossier dans son analyse. Au contraire, la CAB a tenu compte des revendications dépendantes des revendications au dossier dans la RP, mais elle a conclu qu'elles n'ajoutaient pas de limites précises concernant l'ingéniosité supplémentaire :

[51] Dans la lettre de RP, nous avons exprimé notre point de vue préliminaire selon lequel aucune des caractéristiques supplémentaires citées dans les revendications 2 à 7 et 10 à 21 n'aurait exigé un degré quelconque d'inventivité de la PVA à la lumière de leurs CGC. Dans la RRP, aux pages 18 à 19, le Demandeur a soutenu que les enseignements de D5 et de D6 et des CGC n'enseignent ni ne suggèrent l'objet des revendications dépendantes, mais n'ont pas identifié ni associé de limites précises dans les revendications dépendantes avec une ingéniosité supplémentaire.

[52] Comme l'indique la lettre de PR, les revendications dépendantes 2 à 7 et 10 à 21 définissent d'autres limites en ce qui a trait à ce qui suit : le composé téréphtalate, le type de matériau d'origine biologique, la proportion de téréphtalate et d'éthylène glycol dans le polymère PET, la source du téréphtalate et/ou de l'éthylène glycol, le type de contenant et la viscosité intrinsèque du contenant, qui sont des options de conception des CGC en fonction de l'application prévue des résines PET. Nous sommes d'avis qu'aucune de ces caractéristiques n'aurait exigé un degré

quelconque d'inventivité de la PVA d'une façon distincte de l'objet défini dans les revendications indépendantes.

[35] Comme l'indique la Décision, le commissaire a considéré que tous les éléments des revendications étaient essentiels et a tenu compte des éléments essentiels des revendications au dossier dans l'évaluation de l'évidence.

[36] La Décision fait référence au concept inventif indiqué dans la DF comme étant cohérent avec les éléments essentiels des revendications indépendantes au dossier, et le fait sien, et elle ajoute au concept inventif les caractéristiques inhérentes des composés d'origine biologique – c'est-à-dire qu'ils sont dérivés de ressources renouvelables et peuvent être distingués des composés dérivés du pétrole sur la base des niveaux de carbone-14 [le C-14].

Comme l'indique le RP :

[TRADUCTION]

La DF, à la page 3, identifie le concept inventif comme suit :

Le concept inventif des présentes revendications a trait aux contenants dans lesquels les monomères dérivés du pétrole sont remplacés par des monomères d'origine biologique. Ainsi, les contenants en PET d'origine biologique revendiqués comprennent (i) un composé téréphtalate qui, dans certains modes de réalisation, est obtenu au moins partiellement à partir de matériaux d'origine biologique, et (ii) un diol qui, dans certains modes de réalisation, est obtenu au moins partiellement à partir de matériaux d'origine biologique. Il est à noter que, dans les revendications indépendantes 1, 8 et 9, au moins 70 % du poids des dérivés EG provient de matériaux d'origine biologique, tandis que la revendication 22 exige seulement qu'« au moins un poids en pourcentage du téréphtalate et/ou du diol soit dérivé d'au moins un matériau d'origine biologique. »

[...]

À notre avis, à titre préliminaire, le concept inventif défini dans la DF est conforme aux éléments essentiels des revendications. De plus, dans la mesure où la RDF a cerné des caractéristiques inhérentes à la définition des composés d'origine biologique, nous estimons, à titre préliminaire, que le concept inventif comprend ces caractéristiques. Plus précisément, conformément au contexte de la description, les composés d'origine biologique sont obtenus de ressources renouvelables et peuvent être distingués des composés dérivés du pétrole en fonction des niveaux de C-14. Par conséquent, nous sommes d'avis, à titre préliminaire, que la PVA considérerait ces caractéristiques inhérentes aux matériaux d'origine biologique comme faisant partie du concept inventif des revendications.

[37] Le commissaire a également conclu que le mémoire descriptif soutenait un concept inventif de contenants à boissons qui contribuaient à réduire les émissions de gaz à effet de serre et à préserver les ressources pétrolières. Cependant, même s'il a pris en compte le fait que le PET d'origine biologique peut être recyclé dans les systèmes de recyclage actuels, il n'a pas considéré le fait que cela constituait un avantage des composés d'origine biologique par rapport au PET dérivé par voie pétrochimique, de sorte qu'il ferait partie du concept inventif des revendications au dossier. Faisant référence à la RP, le commissaire a mentionné les commentaires de la CAB, dans lesquels elle déclarait que : « [N]otre avis préliminaire est que tout avantage présumé doit être directement attribuable à l'objet revendiqué. En l'espèce, les revendications ne définissent aucun aspect associé au cycle de vie du contenant. Par conséquent, nous estimons, à titre préliminaire, qu'elles ne sont pas considérées comme faisant partie du concept inventif. »

Comme il est également indiqué dans la Décision :

[36] Après avoir examiné les arguments du Demandeur, nous notons que le mémoire descriptif divulgue que le PET dérivé par voie pétrochimique contribue aux émissions de gaz à effet de serre, que les produits pétrochimiques ne peuvent pas être régénérés à un taux comparatif à leur consommation et qu'il existe un besoin d'un PET dérivé de ressources renouvelables qui a des propriétés

semblables au PET dérivé du pétrole. Par conséquent, nous convenons qu'en plus des propriétés inhérentes aux composés d'origine biologique, c'est-à-dire qu'ils sont produits à partir de ressources renouvelables et qu'ils peuvent être distingués des composés dérivés du pétrole en fonction des niveaux de C-14, le mémoire descriptif appuie également un concept inventif de contenants à boissons comprenant du PET d'origine biologique qui contribue à réduire les émissions de gaz à effet de serre et à conserver les ressources pétrolières. Toutefois, le fait que le PET d'origine biologique puisse être recyclé dans les systèmes de recyclage actuels n'est pas, à notre avis, un avantage des composés d'origine biologique par rapport au PET dérivé par voie pétrochimique. Par conséquent, cette propriété n'est pas une caractéristique propre du PET d'origine biologique et, par conséquent, ne devrait pas faire partie du concept inventif.

[38] TCCC fait valoir que le fait que le PET d'origine biologique peut être recyclé dans les systèmes de recyclage actuels n'était pas auparavant considéré comme un avantage du PET d'origine biologique, car il n'était pas revendiqué en tant que tel dans les revendications au dossier ni dans aucun des ensembles de revendications antérieures. La justification donnée par la CAB a été présentée sans l'avantage des revendications proposées, lesquelles revendiquent expressément la recyclabilité du polymère PET d'origine biologique comme caractéristique du procédé de production du polymère.

[39] TCCC affirme que la recyclabilité doit au moins faire partie du concept inventif de la revendication 18 des revendications proposées, qui stipule :

[TRADUCTION]

18. La méthode de l'une ou l'autre des revendications 14 à 17, comprenant en outre le recyclage du contenant à boissons en polymère PET d'origine biologique à l'aide de systèmes de recyclage conçus pour les produits PET dérivés du pétrole.

[40] Elle soutient en outre que la demande indique clairement que l'un des avantages de l'invention revendiquée est sa recyclabilité par rapport à d'autres matériaux d'origine biologique (demande aux paragraphes [0005] et [0006]) :

[TRADUCTION]

[0005] Une approche pour remplacer le PET dérivé par voie pétrochimique a été la production de bioplastiques d'acide polylactique (APL) à partir de matériaux d'origine biologique tels que le maïs, le riz ou d'autres plantes productrices de sucre et d'amidon [...] des tentatives ont été faites pour utiliser des résines APL dans les procédés de moulage par injection-étirage pour la production de contenants. Cependant, il est souvent difficile d'adapter l'APL aux lignes de production de PET actuelles ou de remplacer de manière satisfaisante le PET par l'APL dans de nombreuses applications en raison des propriétés très différentes entre l'APL et le PET. [...] De plus, la plupart des systèmes de recyclage actuellement utilisés sont conçus pour le PET, qui serait contaminé si l'APL était introduit. Ce problème pourrait être résolu par des solutions coûteuses comme l'utilisation de types de bouteilles distinctifs entre l'APL et le PET ou par l'investissement dans une technologie de triage appropriée ou de nouveaux flux de recyclage.

[0006] Il existe donc un besoin pour un PET dérivé de ressources renouvelables partageant des propriétés similaires à celles du PET dérivé du pétrole. Il serait également souhaitable dans certaines applications que le PET dérivé de ressources renouvelables puisse être traité par l'entremise d'installations de fabrication existantes de PET et/ou puisse être facilement recyclé par l'entremise de systèmes conçus pour le recyclage du PET dérivé du pétrole.

[41] Comme l'a fait remarquer TCCC, il n'est pas nécessaire qu'une invention soit avantageuse par rapport à l'invention existante pour qu'elle soit brevetable; il se peut plutôt qu'elle soit suffisante pour éviter des désavantages (*Bauer Hockey Ltd c Sport Masko Inc (CCM Hockey)*, 2021 CAF 166; *Wyerst-Ayerst Canada Inc c Faulding Canada Inc*, 2002 CFPI 969 au para 38) – en l'espèce, le désavantage étant que d'autres polymères dérivés de la biomasse (comme l'APL) ne sont pas facilement recyclables. Dans la Décision, les avantages du PET

d'origine biologique sont uniquement pris en compte en comparant le PET d'origine biologique au PET dérivé par voie pétrochimique, et non à d'autres polymères dérivés de la biomasse.

[42] De plus, dans la Décision, le commissaire ne fait référence que de manière générale aux revendications proposées relatives à la méthode, déclarant que « la PVA se serait attendue que l'éthylène glycol et l'acide téréphtalique d'origine biologique puissent être utilisés dans toutes méthodes connues de fabrication de produits en PET, y compris un contenant à boisson » (paragraphe 58 de la Décision). Le commissaire ne considère pas que le recyclage par l'entremise de systèmes de recyclage conçus pour les produits de PET dérivés du pétrole est maintenant demandé comme un avantage de la méthode de production des produits de polymères PET d'origine biologique dans les revendications proposées.

[43] Bien que le commissaire laisse entendre que tous les éléments des revendications dépendantes des revendications proposées ont été abordés dans les ensembles de revendications antérieures, la recyclabilité n'a été revendiquée dans aucune des revendications antérieures. La première fois que cet aspect apparaît comme élément des revendications, c'est dans les revendications proposées.

[44] Comme l'a souligné TCCC, l'omission par le commissaire de déterminer la capacité de recyclage dans les systèmes de recyclage du PET existants comme étant un élément essentiel d'au moins la revendication 18 des revendications proposées contredit sa reconnaissance du fait que tous les éléments essentiels des revendications devraient être pris en compte dans le cadre de l'analyse de l'évidence.

[45] Même si la CAB a examiné la recyclabilité du point de vue des propriétés du polymère PET dérivé de la biomasse par rapport au PET dérivé du pétrole (paragraphe 49 de la Décision), elle n'a pas considéré cela du point de vue du fait qu'il s'agissait d'un avantage de la méthode de production revendiquée du polymère PET dérivé de la biomasse. Elle n'a pas non plus pris en compte cette caractéristique par rapport à d'autres polymères dérivés de la biomasse.

[46] De plus, je n'accepte pas le fait que TCCC ne peut pas plaider à l'encontre de l'approche adoptée par le commissaire. Même si je suis d'accord avec l'intimé pour dire que TCCC n'a pas abordé le concept inventif des revendications proposées au cas par cas dans sa RRP, énonçant seulement plutôt un seul concept inventif pour les revendications indépendantes, elle a présenté des observations sur les revendications dépendantes dans le cadre de son analyse de l'évidence, arguant que [TRADUCTION] « les enseignements de D5 et D6 et de leur CGC » n'enseignaient ni ne suggéraient l'objet notamment de l'allégation 18 – à savoir que le contenant à boissons en polymère PET d'origine biologique est recyclable dans les systèmes conçus pour les produits en PET dérivés du pétrole.

[47] Je suis d'accord avec TCCC pour dire que le commissaire a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de tous les éléments essentiels des revendications proposées de la même manière que pour les revendications au dossier.

[48] Comme le cadre de l'évidence exige de prendre en compte l'écart entre le concept inventif et l'état de la technique, une erreur dans l'interprétation du concept inventif rend le reste de l'analyse de l'évidence fondamentalement défectueux (*Zero Spill*, au para 94), et exige que

l'affaire soit renvoyée au commissaire pour une nouvelle détermination au moins sur les revendications relatives à la méthode des revendications proposées. Je limiterai donc le reste de mon analyse, au besoin, aux revendications au dossier.

B. *Le commissaire a-t-il commis une erreur en omettant de considérer des indices secondaires de non-évidence?*

[49] TCCC précise que le critère de l'évidence est un critère flexible dans lequel des considérations secondaires peuvent s'avérer éclairantes : *Plavix*, au para 63. Elle soutient que le commissaire a commis une erreur en fournissant un critère incomplet de l'évidence en ne reconnaissant pas que le succès commercial et les prix de l'industrie sont des indices secondaires de non-évidence, et que de tels facteurs auraient dû être inclus dans l'analyse de l'évidence.

[50] L'intimé ne conteste pas le fait que le succès commercial et les prix de l'industrie sont des indices secondaires de non-évidence, ni que le commissaire n'a pas fait référence à ces indices dans la Décision. Toutefois, il affirme, et je suis de son avis, que l'omission de mentionner expressément le succès commercial et les prix de l'industrie n'était pas une erreur de droit.

[51] Dans l'arrêt *Novopharm Limited c Janssen-Ortho Inc*, 2007 CAF 217, au paragraphe 25, la Cour d'appel fédérale a commenté les facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'évidence, y compris les facteurs secondaires de succès commercial et les prix méritoires qui « peuvent se révéler pertinents, mais on leur accorde en général moins de poids » (voir également *Wenzel Downhole Tools Ltd c National-Oilwell Canada Ltd*, 2012 CAF 333 au para 104). Cependant, même si le succès commercial a été considéré comme une marque

d'inventivité, la Cour a reconnu qu'il existe de nombreux autres facteurs qui peuvent contribuer au succès commercial, y compris les efforts de commercialisation associés au produit en cause : *Bauer Hockey Ltd c Sport Maska Inc (CCM Hockey)*, 2020 CF 624 [*Bauer*] au para 149; conf par 2021 CAF 166. Par conséquent, ces facteurs secondaires ne sont pas concluants en soi et ne sont pas suffisants pour justifier une conclusion d'évidence : *Bauer* au para 150.

[52] En l'espèce, l'appelante n'a pas établi pourquoi le succès commercial ou les prix de l'industrie seraient pris en compte dans l'analyse de la CAB ni en quoi ils seraient suffisants pour établir le caractère de non-évidence des revendications. Comme l'a fait remarquer l'intimé, il n'y avait aucune preuve précise indiquant que la prétendue invention est à l'origine des ventes de PlantBottle_{MD}. En effet, la preuve elle-même de l'appelante porte sur des initiatives de marketing et de publicité visant les consommateurs (la déclaration Rodbell, paragraphe 8). De plus, TCCC n'a fourni aucun document indépendant à l'appui des affirmations de succès commercial contenues dans la déclaration Rodbell et la déclaration Henry.

[53] Même si l'appelante avance l'hypothèse selon laquelle le commissaire n'a pas tenu compte du succès commercial parce qu'il ne s'agit pas d'une exigence du Recueil des pratiques du Bureau des brevets [le RPBB], une telle proposition n'a aucune importance. L'appelante n'a fourni aucune source pour soutenir son affirmation selon laquelle le succès commercial ou les prix de l'industrie doivent être expressément mentionnés dans le cadre de l'analyse de l'arrêt *Plavix* par le commissaire.

[54] À mon avis, l'appelante n'a pas démontré que le commissaire a commis une erreur en omettant de mentionner expressément dans son analyse les allégations de succès commercial et de reconnaissance de l'industrie de l'appelante.

C. *Le commissaire a-t-il commis une erreur en introduisant abusivement une preuve de CGC sans donner à TCCC l'occasion d'y répondre?*

[55] TCCC affirme que le commissaire a commis une erreur manifeste et dominante en introduisant indûment une soi-disant preuve des CGC sans donner à TCCC la possibilité d'y répondre. Elle affirme qu'une telle action est contraire aux principes de justice naturelle.

[56] Tout au long du processus d'examen, l'examineur puis la CAB étaient en désaccord avec TCCC concernant les CGC sur la question de savoir si l'origine ou la source des précurseurs de PET modifiait les propriétés du produit PET obtenu. TCCC a affirmé que le PET dérivé de la biomasse était différent en raison de la présence de C-14 dans son précurseur organique.

[57] Dans la Décision, le commissaire précise que, dans la RP, la CAB a reconnu qu'il fait partie des CGC énoncées dans la DF que la résine PET avait été préparée à partir de la polymérisation d'un acide téréphtalate [l'AT] et d'éthylène glycol [l'EG], que la PVA savait que l'AT et l'EG étaient habituellement dérivés du pétrole, mais que l'origine ou la source des composés d'AT et d'EG ne changerait pas le produit PET qui en résulte. Après avoir examiné plus en détail la RDF, le mémoire descriptif et les références qui y sont citées, la CAB a réitéré son point de vue dans la RP selon lequel la PVA ne s'attendrait pas à ce que la source ou

l'origine ait une incidence sur les propriétés chimiques des précurseurs du PET ou des produits PET qui en résultent :

En ce qui a trait à la question de savoir si les CGC de la PVA comprenaient la connaissance que l'origine ou la source des précurseurs du PET ne modifie pas le produit en PET qui en résulte, notre point de vue, à titre préliminaire, est que cette connaissance est généralement connue et acceptée sans conteste par la majorité de ceux qui sont engagés dans l'art particulier de la chimie des polymères et plus particulièrement la production de polymères PET. À cet égard, la description ne fait aucune distinction en ce qui a trait à la préparation du PET à l'aide de composés d'origine biologique ou de composés dérivés du pétrole. De même, les énoncés dans la description appuient l'utilisation de procédés conventionnels, qui sont à la portée de la PVA, pour la transformation de matériaux d'origine biologique en composés précurseurs : [Soulignement ajouté]

[...]

Bien que la présence de carbone 14 puisse être utilisée pour différencier physiquement un PET d'origine biologique d'un PET dérivé du pétrole, rien n'indique que les polymères peuvent être différenciés chimiquement. En effet, la description est claire que le PET d'origine biologique peut comprendre aussi peu qu'un pour cent (1 %) en poids du diol et/ou du téréphtalate dérivé d'un matériau d'origine biologique. À la lumière de ce qui précède, nous sommes d'avis, à titre préliminaire, que la PVA ne s'attend pas à ce que la source ou l'origine ait une incidence sur les propriétés chimiques des précurseurs du PET, l'acide téréphtalique et l'éthylène glycol, et que, par conséquent, les produits en PET qui en résultent ne puissent être distingués en termes d'apparence, de fonction et de recyclabilité.

[58] Le commissaire souligne que, dans la RRP, l'appelante « a continué de contester que les CGC de la PVA comprendraient la connaissance que l'«origine ou la source des précurseurs du PET ne modifie pas le produit en PET qui en résulte», faisant valoir qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui de cet aspect des CGC ». Il fait référence à un extrait de *Chemistry : The Study of Matter and Its Changes*, Brady et Holum, 1993, John Wiley et Sons, Inc [Brady], qui, selon lui, énonce une « théorie atomique moderne » cohérente avec ses points de vue :

[27] Dans la RRP, aux pages 6 à 7, et à l'audience, le Demandeur a continué de contester que les CGC de la PVA comprendraient la connaissance que « l'origine ou la source des précurseurs du PET ne modifie pas le produit en PET qui en résulte », faisant valoir qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui de cet aspect des CGC. À cet égard, il est à noter que nos opinions sont conformes à la théorie atomique moderne : [TRADUCTION] « tous les isotopes d'un élément donné ont des propriétés chimiques pratiquement identiques – tous donnent les mêmes types de réactions chimiques » (*Chemistry: The Study of Matter and Its Changes*, Brady and Holum, 1993, John Wiley & Sons, Inc., pages 44 à 45). Remontant au travail effectué au début du XIXe siècle, ces concepts sont enseignés dans des manuels de chimie générale et devraient faire partie des CGC de la PVA.

[59] TCCC soutient que la première fois qu'elle a entendu parler de Brady était à l'audience et qu'elle n'a pas eu l'occasion d'y répondre de façon significative. Elle affirme également que Brady ne fournit qu'un code général sur les isotopes et ne traite pas du PET en particulier.

[60] L'intimé soutient, et je suis de son avis, que la mention de Brady n'est qu'un exemple de la position du commissaire sur les CGC, plutôt que le fondement de cette position. Il affirme que TCCC avait connaissance du point de vue du commissaire sur les CGC bien avant la Décision et avait déjà eu l'occasion d'y répondre.

[61] Il est bien établi en droit que les CGC sont un sous-ensemble de l'art antérieur. L'art antérieur est une catégorie générale qui englobe tous les renseignements disponibles antérieurement publiés dans le domaine, aussi obscurs ou peu acceptés soient-ils : *Mylan Pharmaceuticals ULC c Eli Lilly Canada Inc*, 2016 CAF 119 [*Mylan*] aux para 23-24. Toutefois, les CGC sont limitées aux connaissances que possède généralement une PVA au moment considéré (*Mylan*, au para 24) ou qu'elle aurait raisonnablement dû connaître (*Whirlpool Corp c*

Camco Inc, 2000 CSC 67 au para 74). Un élément d'information migre dans les CGC seulement si la PVA en prend connaissance et l'accepte comme un bon fondement pour la prise de mesures supplémentaires : *Mylan* au para 24. À ce titre, les CGC doivent être étayées par des preuves factuelles selon une prépondérance des probabilités : *Uponor AB c Heatlink Group Inc.*, 2016 CF 320 au para 47.

[62] L'article 12.02.02c du RPBB précise que, « [l]orsqu'il convient ou il est nécessaire d'établir les connaissances générales courantes dans un domaine (par exemple, lorsque l'examineur et le demandeur sont en désaccord quant aux connaissances générales courantes), celles-ci peuvent être établies en citant des ouvrages de référence reconnus (tels des manuels, des articles de synthèse, des recueils, etc.) ou en démontrant que certaines connaissances sont communes à un certain nombre de divulgations dans le domaine ».

[63] Les articles 26.07.02, 26.07.03 et 26.07.03a du RPBB soulignent l'importance des communications entre la CAB et le demandeur lorsque de nouveaux problèmes ou défauts surviennent et celle de donner au demandeur la possibilité d'y répondre. Bien que ces articles ne concernent pas les communications concernant des questions en litige comme celle en l'espèce, à mon avis, les mêmes principes s'appliqueraient et il est raisonnable de supposer que la possibilité de répondre s'étendrait également aux nouveaux éléments de preuve ou aux références cités par la CAB lorsque ces éléments de preuve sont importants pour ses conclusions.

[64] En l'espèce, cependant, je ne considère pas que la référence à Brady soit importante ou nécessaire aux conclusions globales du commissaire ni à la source de la question en litige.

[65] Comme il a été mentionné dans les passages ci-dessus, dans la RP, la CAB a conclu que, bien que la présence de C-14 puisse être utilisée pour différencier physiquement le PET d'origine biologique du PET à base de pétrole, [TRADUCTION] « rien n'indique que les polymères peuvent être différenciés chimiquement ». Le recours à Brady n'a fait que soutenir cette conclusion antérieure. Aucune preuve de la part de TCCC n'est venue contredire cette conclusion avant même que Brady ne soit présenté.

[66] La CAB a en outre mentionné le fait que, selon la description, aussi peu que 1 % en poids des composés du PET pourraient être dérivés de matériaux d'origine biologique. Encore une fois, TCCC n'a présenté aucune preuve démontrant que de telles quantités de matériaux d'origine biologique pourraient avoir une incidence sur les propriétés chimiques du polymère.

[67] À mon avis, le fait de ne pas avoir donné à TCCC l'occasion de répondre à Brady ne peut être qualifié d'erreur manifeste et dominante.

D. *Le commissaire a-t-il commis une erreur en réduisant indûment l'écart entre l'état de la technique et le concept inventif des revendications?*

[68] TCCC soulève deux arguments en ce qui concerne la troisième partie du critère *Plavix* et l'écart entre l'état de la technique et le concept inventif.

[69] Premièrement, elle soutient que le commissaire a omis d'inclure la recyclabilité des contenants à boissons à base de PET d'origine biologique dans le concept inventif et n'a donc pas reconnu que D6 ne traite pas de la question de savoir si les résines qui y sont divulguées pourraient être recyclées dans des installations de recyclage traditionnelles de PET. La

détermination de cet argument découlera de la nouvelle détermination de la première question en litige.

[70] Deuxièmement, elle affirme avoir relevé des différences additionnelles entre D6 et le concept inventif des revendications au dossier qui n'ont pas été indiquées dans la Décision. Elle prétend que le commissaire déforme son acceptation des différences indiquées dans la Décision alors qu'une telle concession n'a pas été faite. À mon avis, la détermination des différences additionnelles met l'accent sur une mauvaise qualification de D6 et des enseignements de la Demande. L'affirmation selon laquelle le seul type de PET d'origine biologique inclus dans les revendications au dossier est constitué d'un composé diol dérivé d'une biomasse n'est pas étayée par le libellé exprès de la revendication 22 des revendications au dossier et par la description de la demande (au para [0006d]). De plus, bien que D6 ne fournisse pas d'exemple de procédé de fabrication de PET à partir d'un composé diol dérivé d'une biomasse, comme l'a bien décrit le commissaire, il divulgue l'utilisation de méthodes traditionnelles de synthèse de PET à partir de matières premières dérivées de biomasse (au para [0083]) et divulgue des méthodes d'extraction de diverses matières premières organiques à partir de biomasse, y compris l'éthylène glycol (aux para [0062] à [0064]).

[71] Les principales différences entre l'art cité et le concept inventif des revendications au dossier sont prises en compte dans la Décision. Je ne suis pas convaincue qu'une erreur manifeste et dominante a été commise.

E. *Le commissaire a-t-il commis une erreur en n'établissant pas la repérabilité de la nouvelle référence, D6, citée par la CAB et en n'expliquant pas comment la PVA allait combiner l'art cité?*

[72] TCCC soutient que le commissaire a commis une erreur en intégrant D6 à D5 et aux CGC pour en arriver au concept inventif des revendications sans expliquer comment une PVA choisirait et intégrerait cet art. TCCC précise que D6 n'a été indiqué par la CAB que lors de la RP.

[73] Dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30 [*Hospira*], la Cour d'appel fédérale a expliqué qu'un renvoi à l'art antérieur ne devrait pas être exclu de l'analyse de l'évidence simplement parce qu'il est difficile à trouver, même s'il est loisible à la Cour de tenir compte de son incidence à la quatrième étape de l'analyse et de la question de savoir si la PVA aurait été motivée à combiner la référence à l'autre art antérieur. Comme il est mentionné au paragraphe 86 de l'arrêt *Hospira* :

[86] À la lumière de l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, ainsi que la jurisprudence et la doctrine pertinentes, je conclus qu'il est erroné de ne pas tenir compte des antériorités qui étaient accessibles au public à la date pertinente simplement parce qu'une recherche raisonnablement diligente ne les aurait pas révélées. La probabilité que la personne versée dans l'art n'aurait pas trouvé une antériorité peut avoir une pertinence pour l'examen de l'étape 4 de l'analyse de l'évidence (la question de savoir si les différences entre l'état de la technique et l'idée originale sont des étapes qui auraient été évidentes pour la personne versée dans l'art), en ce que la personne versée dans l'art, mais sans inventivité, pourrait ne pas avoir pensé à combiner cette antériorité avec les autres antériorités pour faire l'invention revendiquée. Cependant, exclure l'antériorité simplement parce qu'elle est difficile à trouver pose problème, car cela entraînerait la possibilité d'un brevet valide pour une invention qui, sauf pour certaines modifications non inventives, avait déjà été communiquée au public. À mon avis, ce n'est pas ce que le régime canadien des brevets vise à permettre.

[74] Cette même approche a également été analysée récemment dans la décision *Google c Sonos*, 2022 FC 1116 aux paragraphes 96-98 :

[96] Je suis d'avis que Google va trop loin quand elle soutient que le brevet 871 n'est pas admissible comme antériorité parce qu'on ne l'aurait pas trouvé en effectuant une recherche raisonnablement diligente. En fait, dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30 [*Hospira*], le juge Locke a déclaré au paragraphe 86 : « [J]e conclus qu'il est erroné de ne pas tenir compte des antériorités qui étaient accessibles au public à la date pertinente simplement parce qu'une recherche raisonnablement diligente ne les aurait pas révélées ».

[97] Le juge Locke a également rédigé les motifs de la Cour d'appel fédérale qui ont confirmé le raisonnement de la juge Kane dans la décision *Teva*. Ce faisant, il n'a pas contredit ce qu'il avait écrit dans l'arrêt *Hospira*. À mon avis, les juges Kane et Locke ont tous deux dit qu'il faut conclure, à la troisième étape de l'analyse de l'arrêt *Sanofi*, que l'obscur document de l'art antérieur est admissible en tant qu'antériorité. Toutefois, la question de la difficulté à trouver un document peut être examinée à l'étape finale [...]

[98] La question devient donc de savoir si, compte tenu de la nature obscure du brevet 871, la personne versée dans l'art dépourvue d'inventivité aurait pu penser à combiner le brevet 871 avec d'autres documents de l'art antérieur pour réaliser l'invention revendiquée.

[75] Par conséquent, l'arrêt *Hospira* laisse planer la possibilité que, dans certaines circonstances, l'incapacité de trouver l'art antérieur puisse avoir une incidence sur la quatrième étape de l'analyse de l'évidence. Toutefois, TCCC n'a pas fourni de raison pour laquelle ce serait le cas en l'espèce. Contrairement à l'arrêt *Pharmascience Inc c Teva Canada Innovation*, 2022 CAF 2, le commissaire ne disposait d'aucun élément de preuve selon lequel D6 n'aurait pas été trouvé par la PVA. À mon avis, le fait que D6 n'a pas été cité plus tôt pendant la poursuite ne suffit pas pour tirer des conclusions définitives concernant la capacité de la PVA à trouver la référence.

[76] De plus, je ne suis pas d'accord pour dire qu'en raison du temps écoulé, la CAB était tenue d'expliquer comment elle avait trouvé D6. TCCC a reconnu qu'il n'était pas inapproprié pour la CAB d'introduire D6 lors de sa RP. En effet, elle n'a présenté aucun argument lorsque la CAB l'a fait. Elle n'a pas non plus soutenu dans sa RRP que la possibilité de trouver cette référence aurait une incidence sur la motivation de la PVA.

[77] Dans la Décision, le commissaire a tenu compte des arguments de l'appelante selon lesquels la PVA ne serait pas motivée à combiner D6 et D5, mais il n'était pas d'accord avec ces observations.

[78] Le commissaire a conclu que la motivation de produire des contenants pour aliments et à boissons en PET d'origine biologique et de combiner les références à l'art antérieur provenait de D6 et a été reconnue dans le contexte de la demande :

[45] [...] l'art antérieur dévoilait déjà un motif de produire des contenants pour aliments et boissons en PET d'origine biologique. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'état de la technique est représenté par D6, qui établit une motivation dans l'art antérieur à fournir des résines utilisant de la biomasse qui remplacent les résines utilisant les ressources pétrolières conventionnelles comme matières premières, afin de résoudre les problèmes de suppression du réchauffement climatique et d'épuisement des ressources (voir par. [007]).

[46] [...] En plus de la motivation fournie par D6, le « CONTEXTE » de la demande reconnaît expressément qu'il y avait une volonté générale de se distancier des ressources pétrolières pour produire du PET et de trouver un substitut à ce type de ressource. Nous sommes d'avis, à la date de la revendication, que la PVA savait qu'il y avait un besoin de PET d'origine biologique : « il existe un besoin de PET dérivé de ressources renouvelables qui a des propriétés semblables à celles de PET dérivé du pétrole » (voir par. [0006]).

[47] De plus, nous sommes d'avis que la PVA aurait été amenée à combiner l'art antérieur cité à cette fin. D6 fournit non seulement la motivation à la PVA à trouver la solution que la demande en instance aborde, mais aussi des méthodes d'extraction de diverses matières premières biologiques de la biomasse, y compris l'éthylène glycol (par. [0062] à [0064]) et l'acide téréphtalique (exemple 1). De plus, D6 confirme que la résine de polyéthylène téréphtalate qui est synthétisée à partir de matières brutes dérivées de la biomasse au moyen de méthodes conventionnelles, a les mêmes caractéristiques que le polymère dérivé du pétrole.

[79] Comme l'a mentionné le commissaire, et à l'instar du contexte de la demande, le paragraphe [0007] de D6 parle du souhait de remplacer les matières premières à base de pétrole par des ressources végétales et des défis liés à l'utilisation de l'APL en remplacement :

[TRADUCTION]

[0007] D'autre part, alors que les résines traditionnelles utilisent principalement des ressources pétrolières comme matières premières, récemment, une attention a été portée aux résines utilisant des ressources végétales comme matières premières, c'est-à-dire des résines utilisant la biomasse. Actuellement, l'acide polylactique retient le plus l'attention. L'acide polylactique est une résine utilisant de l'acide lactique obtenu par fermentation de l'amidon extrait de plantes comme matière première. Cependant, étant donné que les résines biodégradables utilisant la biomasse telle que l'acide polylactique ont généralement de faibles propriétés mécaniques et une faible résistance à la chaleur et sont limitées dans leur utilisation, elles n'ont pas encore pu remplacer les résines utilisant des ressources pétrolières conventionnelles comme matières premières, et n'ont pas résolu les problèmes de suppression du réchauffement climatique et de l'épuisement des ressources.

[80] TCCC soutient que le commissaire a commis une erreur en omettant de tenir compte de la quatrième étape de l'analyse de l'évidence du point de vue de la PVA définie par le commissaire précédemment dans la Décision. Toutefois, je ne considère pas que la Décision définit la PVA de la manière proposée par TCCC. Dans la Décision, le commissaire adopte la qualification de la PVA de la DF, qui indique une intention expresse d'inclure quelqu'un qui

participe à la préparation du polymère PET et de ne pas limiter la PVA à un « transformateur » – c'est-à-dire une personne qui se livre à la transformation de résines plastiques en produits finis :

[24] Dans la lettre de RP, aux pages 5 et 6, nous avons adopté la définition de la PVA utilisée dans la DF, qui n'avait pas été contestée par le Demandeur dans la RDF. La PVA était définie comme suit :

La personne versée dans l'art (PVA) est considérée comme un producteur de contenants en PET pour aliments ou boissons. Dans la correspondance du 12 février 2016, le Demandeur fait référence à la PVA comme étant un « transformateur », c'est-à-dire, une personne « participant à la transformation de résines plastiques en produits finis, par exemple, des contenants pour aliments et boissons », mais « pas une personne versée l'art de la préparation de polymères ». De l'avis de l'examinateur, il est clair que la PVA est impliquée dans la préparation du polymère PET, en particulier dans la sélection des monomères appropriés pour la polymérisation. Quoi qu'il en soit, les deux points de vue sont pris en compte dans l'analyse qui suit.

[81] Conformément à cette définition, le commissaire indique qu'il n'a pas limité son analyse à la transformation, mais qu'il a également pris en compte les motivations du chimiste spécialiste des polymères qui ferait partie de l'« équipe » de personnes versées dans l'art et qui envisagerait la sélection de précurseurs appropriés pour la polymérisation. Comme il est indiqué dans la

Décision :

[46] En ce qui a trait à la motivation de la PVA, il est à noter que le Demandeur fait remarquer que le coût et la disponibilité des composés d'origine biologique auraient découragé la PVA de substituer des monomères dérivés du pétrole dans le PET par des monomères dérivés de matériaux d'origine biologique. Même si le Demandeur s'est concentré uniquement sur le transformateur en tant que PVA aux fins de motivation, lorsque l'« équipe » qui comprend la PVA dans ce cas comprend également un chimiste spécialiste des polymères, nous sommes d'avis que ces

préoccupations ne dissuaderaient pas la PVA de produire un nouveau type de PET comprenant des composantes d'origine biologique. [...]

[82] À mon avis, il n'était pas déraisonnable de supposer qu'une personne aussi versée dans l'art examinerait l'art lié à des matériaux et précurseurs d'origine biologique.

[83] Comme je l'ai mentionné, et comme ce qui a été examiné par le commissaire dans la Décision, D6 divulgue l'utilisation de méthodes traditionnelles de synthèse de PET à partir de matières premières dérivées de biomasse qui sont équivalentes à du PET obtenu à partir de matières premières dérivées du pétrole (para [0083] et [0084]).

[84] Ces résines sont utilisées pour fabriquer des produits moulés (D6 au para [0069]), ce qui pourrait inclure les produits moulés composés de PET décrits par les enseignements de D5.

[85] Bien que la Décision ne fasse pas précisément référence à la déclaration Schiavone, elle indique que le commissaire a tenu compte des points de l'appelante sur le coût et la disponibilité des composés d'origine biologique; toutefois, il n'était pas convaincu que ces aspects démotiveraient la PVA de substituer les monomères dérivés du pétrole dans le PET aux monomères d'origine biologique.

[86] Je suis d'accord avec l'intimé, l'argument de TCCC équivaut ni plus ni moins à un désaccord avec les conclusions du commissaire, ce qui est insuffisant pour constituer une erreur manifeste et dominante.

[87] Comme je l'ai mentionné précédemment, je conviens que le commissaire n'a pas fourni une analyse suffisante des revendications relatives à la méthode des revendications proposées, et en particulier de la revendication 18. Cependant, je ne considère pas qu'il y a erreur susceptible de contrôle des revendications au dossier, ou dans l'approche du commissaire à l'égard de D6.

V. Conclusion

[88] Pour les motifs qui précèdent, je ferai droit en partie à l'appel et renverrai l'affaire au commissaire pour qu'une nouvelle décision sur les revendications relatives à la méthode des revendications proposées soit rendue, conformément aux présents motifs.

[89] Étant donné que les parties ont eu partiellement gain de cause sur les questions présentées à la Cour et compte tenu de l'article 25 de la *Loi sur les brevets*, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

JUGEMENT dans le dossier T-1752-21

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Il est fait droit en partie à l'appel et la demande est renvoyée au commissaire pour qu'une nouvelle décision sur les revendications relatives à la méthode des revendications proposées soit rendue en vertu de l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*.

2. Aucuns dépens ne sont adjugés.

« Angela Furlanetto »

Juge

Traduction certifiée conforme
Claude Leclerc

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1752-21

INTITULÉ : THE COCA-COLA COMPANY c LE PROCUREUR
GÉNÉRAL DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : ENTENDUE PAR VIDÉOCONFÉRENCE

DATE DE L'AUDIENCE : LE 31 OCTOBRE 2022

JUGEMENT ET MOTIFS : LA JUGE FURLANETTO

DATES DES MOTIFS : LE 28 MARS 2023

COMPARUTIONS :

Amy Grenon
Laurent Veregin
Derek Edwards

POUR L'APPELANTE

POUR L'INTIMÉ

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Aird et Berlis LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANTE

Procureur général du Canada
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉ