

Date : 20071213

Dossier : T-100-07 / T-101-07

Référence : 2007 CF 1316

Ottawa (Ontario), le 13 décembre 2007

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE RUSSELL

ENTRE :

T-101-07

SHIRE BIOCHEM INC.

demanderesse

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

défendeur

et

LES COMPAGNIES DE RECHERCHE PHARMACEUTIQUE DU CANADA

intervenante

ET ENTRE :

T-100-07

JANSSEN-ORTHO INC.

demanderesse

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

défendeur

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

LES DEMANDES

[1] Les demanderesses, Shire Biochem Inc. (Shire) et Janssen-Ortho Inc. (Janssen-Ortho) sollicitent, conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, le contrôle judiciaire des décisions, rendues le 18 décembre 2006, par lesquelles le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) a statué qu'il avait compétence pour examiner l'établissement des prix des produits médicamenteux Adderall XR, de Shire, et Concerta, de Janssen-Ortho, pendant la période comprise entre la date où les demandes de brevet en cause sont devenues accessibles au public et la date où les brevets demandés ont été délivrés.

[2] Ces deux affaires sont des demandes distinctes. Cependant, les motifs et les conclusions du Conseil sont essentiellement les mêmes dans les deux décisions, de sorte que la Cour a ordonné, avec le consentement de toutes les parties, que les deux demandes soient entendues successivement le même jour.

[3] Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada (« Rx&D ») est une intervenante dans le dossier n° T-100-07 et elle était aussi intervenante à l'audience devant le Conseil. Les arguments de Rx&D étayent et recourent dans une large mesure les arguments des demanderesses.

CONTEXTE

(i) *Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés*

[4] Le Conseil est constitué en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, modifiée en 1987 par la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41, art. 15. Le Parlement a créé le Conseil pour empêcher les brevetés d'abuser de la protection accrue des brevets ou de l'exclusivité à l'égard des nouvelles inventions de médicaments (auxquelles les modifications de 1987 accordaient également une protection) en fixant des prix excessifs. Les pouvoirs du Conseil ont été renforcés en 1993 lorsque le Parlement a accru la protection des brevets ou l'exclusivité pour les nouvelles inventions de médicaments.

(ii) *Demandes de brevet*

[5] En vertu de l'article 10 de la *Loi sur les brevets*, les demandes de brevet sont mises à la disposition du public pour consultation avant l'octroi du brevet. Un demandeur ne peut empêcher une personne de contrefaire le brevet visé par la demande pendant cette période. Cependant, une fois qu'un brevet est accordé, quiconque a effectivement contrefait le brevet pendant la période où la demande de brevet était accessible au public est, en vertu du paragraphe 55(2), responsable envers le breveté à concurrence d'une indemnité raisonnable pour tout dommage subi. De plus, une fois que le brevet est octroyé, il confère au breveté une gamme plus large de privilèges, droits,

protections et recours, dont la possibilité d'enjoindre à autrui de cesser d'utiliser, de fabriquer ou de vendre l'objet du brevet.

(iii) *Adderall XR de Shire*

[6] L'Adderall XR est un médicament utilisé pour le traitement du trouble d'hyperactivité avec déficit d'attention (THADA).

[7] La filiale américaine de Shire s'est vu accorder le brevet canadien n° 3,348,090 le 13 avril 2004. Shire détient une licence d'exploitation du brevet et est considérée comme la brevetée canadienne aux fins des procédures devant le Conseil et devant la Cour. Toutes les parties conviennent que ce brevet a pour objet une invention liée à un médicament.

[8] Shire a commencé à vendre l'Adderall XR le 12 septembre 2002, environ 19 mois avant que le brevet ne soit accordé. La demande de brevet a été rendue accessible au public le 27 avril 2000.

(iv) *Concerta de Janssen-Ortho*

[9] Tout comme l'Adderall XR, le Concerta est un médicament employé pour le traitement du THADA. Janssen-Ortho a commencé à vendre le Concerta au Canada le 7 août 2003.

[10] Janssen-Ortho possède trois brevets canadiens à l'égard du Concerta : (i) le brevet canadien n° 1,222,950, octroyé le 16 juin 1987 et expiré le 16 juin 2004; (ii) le brevet canadien n° 2,265,668, qui a été accordé le 23 août 2005 et expirera le 12 novembre 2017; et (iii) le brevet canadien n° 2,264,852, qui a été accordé le 1^{er} novembre 2005 et expirera le 16 septembre 2017. La période qui nous intéresse ici relativement au Concerta est la période comprise entre l'expiration du premier brevet et le moment où le deuxième brevet a été accordé (du 16 juin 2004 au 23 août 2005). Au cours de cette période, les deux brevets les plus récents ont été mis à la disposition du public. Toutes les parties conviennent que ces brevets ont pour objet des inventions liées à un médicament.

(v) *Historique de la procédure*

[11] Par un avis d'audience daté du 18 janvier 2006, le Conseil a annoncé qu'il tiendrait une audience relativement à des allégations selon lesquelles Shire vendait l'Adderall XR à des prix excessifs. L'avis d'audience visait notamment la période où la demande de brevet relative à l'Adderall XR avait été mise à la disposition du public.

[12] Le 26 février 2006, Shire a présenté au Conseil une requête contestant la compétence du Conseil pour rendre une ordonnance visant la période où la demande de brevet avait été mise à la disposition du public. Le Conseil a accordé à Janssen-Ortho et à Rx&D la qualité d'intervenantes.

[13] Par un avis d'audience daté du 24 juillet 2006, le Conseil a annoncé qu'il tiendrait une audience relativement aux allégations selon lesquelles Janssen-Ortho avait fixé un prix excessif

pour le Concerta. Tout comme dans le cas de l'audience concernant Shire, l'avis d'audience visait notamment la période durant laquelle les demandes de brevet relatives au Concerta avaient été mises à la disposition du public.

[14] Étant donné que la même question relative à la compétence a été soulevée dans l'instance mettant en cause Shire et dans celle concernant Janssen-Ortho, les demanderesse ont proposé que la décision du Conseil statuant sur la requête relative à la compétence dans l'instance mettant en cause Shire soit incorporée par renvoi à l'instance mettant en cause Janssen-Ortho. Le Conseil a accepté cette proposition le 14 septembre 2006.

[15] Par ordonnance datée du 18 décembre 2006, le Conseil a rejeté la requête présentée par Shire. Le Conseil a également prononcé une ordonnance distincte à l'égard de l'audience pour le Concerta de Janssen-Ortho indiquant que les motifs exposés dans l'ordonnance Shire s'appliquaient aussi à l'audience Concerta.

[16] Bien que l'ordonnance du Conseil ait été datée du 18 décembre 2006, la décision comme telle était datée du 15 décembre 2006. Dans cette décision, le Conseil exposait des motifs détaillés qui comprenaient des conclusions pouvant se résumer comme suit :

1. L'intention du Parlement était de contrôler l'établissement de prix excessifs durant les périodes de position dominante sur le marché dans le cadre du régime des brevets, et les

- dispositions de la *Loi sur les brevets* qui créent les pouvoirs réparateurs du Conseil devraient recevoir une interprétation téléologique de manière à refléter cette intention.
2. Les articles 10 et 55 de la *Loi sur les brevets* ont comme effet que la partie à qui un brevet est octroyé acquiert une position dominante sur le marché à compter de la date où la demande de brevet est rendue accessible au public.
 3. En vertu de l'article 83 de la *Loi sur les brevets*, le Conseil peut rendre des ordonnances réparatrices relativement aux prix auxquels un breveté a vendu des médicaments « alors qu'il était titulaire du brevet ». L'article 79 définit le « breveté » comme étant « la personne ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet pour une invention liée à un médicament ».
 4. Une fois qu'un brevet est accordé, le breveté a « l'avantage du brevet » depuis le moment où la demande de brevet est devenue accessible au public. En particulier, le breveté jouit des avantages que confère le paragraphe 55(2) une fois que la demande de brevet est rendue accessible au public.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[17] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, sont les suivantes :

10. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (6) et de l'article 20, les brevets,

10. (1) Subject to subsections (2) to (6) and section 20, all patents,

demandes de brevet et documents relatifs à ceux-ci, déposés au Bureau des brevets, peuvent y être consultés aux conditions réglementaires.

[...]

L.R. (1985), ch. P-4, art. 10;
L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.),
art. 2; 1993, ch. 15, art. 28.

OCTROI DES BREVETS

42. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou le nom de l'invention avec renvoi au mémoire descriptif et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention, sauf jugement en l'espèce par un tribunal compétent.

L.R. (1985), ch. P-4, art. 42;
L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.),
art. 16.

CONTREFAÇON

[...]

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que

applications for patents and documents filed in connection with patents or applications for patents shall be open to public inspection at the Patent Office, under such conditions as may be prescribed.

[...]

R.S., 1985, c. P-4, s. 10; R.S.,
1985, c. 33 (3rd Supp.), s. 2;
1993, c. 15, s. 28.

GRANT OF PATENTS

42. Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee's legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

R.S., 1985, c. P-4, s. 42; R.S.,
1985, c. 33 (3rd Supp.), s. 16.

INFRINGEMENT

[...]

55. (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the

cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

(2) Est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci, à concurrence d'une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte leur faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public sous le régime de l'article 10 et l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible.

(2) A person is liable to pay reasonable compensation to a patentee and to all persons claiming under the patentee for any damage sustained by the patentee or by any of those persons by reason of any act on the part of that person, after the application for the patent became open to public inspection under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to public inspection under that section.

(3) Sauf disposition expresse contraire, le breveté est, ou est constitué, partie à tout recours fondé sur les paragraphes (1) ou (2).

(3) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall be or be made a party to any proceeding under subsection (1) or (2).

(4) Pour l'application des autres dispositions du présent article et des articles 54 et 55.01 à 59, le recours visé au paragraphe (2) est réputé être une action en contrefaçon et l'acte sur lequel il se fonde est réputé être un acte de contrefaçon.
L.R. (1985), ch. P-4, art. 55;
L.R. (1985), ch. 33 (3^e suppl.), art. 21; 1993, ch. 15, art. 48.

(4) For the purposes of this section and sections 54 and 55.01 to 59, any proceeding under subsection (2) is deemed to be an action for the infringement of a patent and the act on which that proceeding is based is deemed to be an act of infringement of the patent.
R.S., 1985, c. P-4, s. 55; R.S., 1985, c. 33 (3rd Supp.), s. 21; 1993, c. 15, s. 48.

MÉDICAMENTS BREVETÉS*DÉFINITIONS*

79. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 80 à 103.

« breveté » ou « titulaire d'un brevet »

"patentee"

« breveté » ou « titulaire d'un brevet » 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*.

« Conseil »

"Board"

« Conseil » Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés prorogé au titre de l'article 91.

[...]

(2) Pour l'application du paragraphe (1) et des articles 80 à 101, une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins.

1993, ch. 2, art. 7; 1996, ch. 8, art. 32.

PATENTED MEDICINES*INTERPRETATION*

79. (1) In this section and in sections 80 to 103,

"Board"

« *Conseil* »

"Board" means the Patented Medicine Prices Review Board continued by section 91;

[...]

"patentee"

« *breveté* » ou

« *titulaire d'un brevet* »

"patentee", in respect of an invention pertaining to a medicine, means the person for the time being entitled to the benefit of the patent for that invention and includes, where any other person is entitled to exercise any rights in relation to that patent other than under a licence continued by subsection 11(1) of the *Patent Act Amendment Act, 1992*, that other person in respect of those rights;

[...]

(2) For the purposes of subsection (1) and sections 80 to 101, an invention pertains to a medicine if the invention is intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine.

1993, c. 2, s. 7; 1996, c. 8, s. 32.

PRIX EXCESSIFS

83. (1) Lorsqu'il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu'il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l'ordonnance et de façon qu'il ne puisse pas être excessif.

(2) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que le breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament sur un marché canadien à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif :

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente du médicament dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) baisser, dans un marché

EXCESSIVE PRICES

83. (1) Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the Board considers not to be excessive and as is specified in the order.

(2) Subject to subsection (4), where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine has, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the patentee sells the medicine in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order;

(b) reduce the price at which

canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention brevetée du titulaire dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

c) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que l'ancien breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré à l'ancien breveté la vente du médicament au prix excessif :

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention dont il est titulaire du brevet dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

the patentee sells one other medicine to which a patented invention of the patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(c) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

(3) Subject to subsection (4), where the Board finds that a former patentee of an invention pertaining to a medicine had, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the former patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the former patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the former patentee sells a medicine to which a patented invention of the former patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(b) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

(4) S'il estime que le breveté ou l'ancien breveté s'est livré à une politique de vente du médicament à un prix excessif, compte tenu de l'envergure et de la durée des ventes à un tel prix, le Conseil peut, par ordonnance, au lieu de celles qu'il peut prendre en application, selon le cas, des paragraphes (2) ou (3), lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures visées par ce paragraphe de façon à réduire suffisamment les recettes pour compenser, selon lui, au plus le double de l'excédent procuré par la vente au prix excessif.

[...]

1993, ch. 2, art. 7; 1994, ch. 26, art. 54(F).

(4) Where the Board, having regard to the extent and duration of the sales of the medicine at an excessive price, is of the opinion that the patentee or former patentee has engaged in a policy of selling the medicine at an excessive price, the Board may, by order, in lieu of any order it may make under subsection (2) or (3), as the case may be, direct the patentee or former patentee to do any one or more of the things referred to in that subsection as will, in the Board's opinion, offset not more than twice the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee or former patentee from the sale of the medicine at an excessive price.

[...]

1993, c. 2, s. 7; 1994, c. 26, s. 54(F).

QUESTIONS EN LITIGE

[18] La principale question dont je suis saisi est celle de savoir si le Conseil a commis une erreur lorsqu'il a statué qu'il avait compétence pour examiner l'établissement des prix de l'Adderall XR et du Concerta pendant la période où les brevets en cause étaient mis à la disposition du public.

MOTIFS

(i) *Norme de contrôle*

[19] Toutes les parties conviennent que la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Comme l'a noté la juge Heneghan dans *Hoechst Marion Roussel Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1552, aux paragraphes 99 à 110 (*HMRC*), les questions de compétence sont des questions de droit à l'égard desquelles le Conseil ne possède pas une expertise supérieure à celle de la Cour. Bien que la *Loi sur les brevets* ait pour objet de résoudre des objectifs de politique contradictoires, ce qui milite en faveur d'une plus grande retenue, elle ne comporte aucune clause privative. Pour ces raisons, je conviens que la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

(ii) *Application de la décision HMRC*

[20] Les demanderesses soutiennent que le Conseil a commis une erreur en omettant de suivre *HMRC*. Dans cette décision, la juge Heneghan a statué que le Conseil n'avait pas compétence pour examiner des prix lorsqu'un brevet est rendu accessible au public. Cependant, dans *HMRC*, les brevets en cause n'avaient pas été accordés; il s'agissait simplement de demandes de brevet. Comme l'a fait observer la juge Heneghan au paragraphe 136 de ses motifs, « une demande de brevet ouvre uniquement la voie à la possibilité qu'un brevet soit délivré. » Puisqu'aucun brevet n'avait été accordé, il n'y avait aucun breveté dans l'affaire dont elle était saisie. Le Conseil a

compétence à l'égard des brevetés et, pour cette raison, il n'avait pas compétence pour examiner les prix dans cette affaire.

[21] En l'espèce, les brevets ont été accordés et il est acquis au débat que, puisque les demanderesses sont des brevetées, le Conseil a compétence pour examiner les prix au moins depuis la date d'octroi des brevets. Par conséquent, étant donné la différence importante entre les situations factuelles relatives aux brevets en cause, je suis d'avis que la décision *HMRC* n'apporte pas de réponse à la question de savoir si le Conseil peut, après l'octroi d'un brevet, examiner les prix en vigueur pendant la période où la demande de brevet était mise à la disposition du public. Selon moi, le Conseil n'a donc pas commis d'erreur lorsqu'il a établi une distinction entre la présente affaire et décision *HMRC* de la juge Heneghan. Mon propre examen de *HMRC* me convainc que les motifs de la juge Heneghan ne comportent pas la moindre indication d'une intention de sa part de se prononcer sur une situation analogue à celle qui nous intéresse en l'espèce, où les brevets en cause ont été accordés et où les demanderesses sont des brevetées au sens de la *Loi sur les brevets*. Ayant acquis la qualité de brevetées, les demanderesses ne posent plus les problèmes conceptuels avec lesquels la juge Heneghan a dû s'escrimer dans *HMRC*. La question qui se pose maintenant est celle de savoir si, étant donné que les demanderesses sont des brevetées, le pouvoir du Conseil peut remonter jusqu'à l'époque où les brevets étaient mis à la disposition du public.

(iii) Interprétation de la loi

[22] À mon avis, la question relative à la compétence soulevée dans les présentes demandes dépend de l'interprétation que l'on donne aux dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*. À cette fin, je dois procéder à une analyse téléologique, en interprétant la *Loi sur les brevets* de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet conformément à la jurisprudence pertinente (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-12, art. 12).

[23] La Cour fédérale a statué que le Conseil a pour objet de « pallier le "préjudice" découlant du fait que le monopole accordé au breveté en matière de produits pharmaceutiques durant la période d'exclusivité pouvait entraîner une hausse des prix à des niveaux inacceptables » (*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)* (1996), 108 F.T.R. 190, par. 24, confirmé par [1997] 1 C.F. 32 (C.A.F.)). Il s'ensuit, donc, que les dispositions doivent, dans la mesure où le libellé le permet, s'interpréter d'une manière qui s'accorde avec cet objet (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., Toronto, Butterworths, 2002, p. 195).

[24] La Cour d'appel fédérale a statué dans le passé que la compétence du Conseil ne se fondait pas sur une incidence actuelle ou future sur la puissance commerciale (*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32, par. 76 (C.A.F.)). Le Parlement a conféré au Conseil un vaste rayon d'action pour examiner les prix des médicaments,

même lorsque le lien avec un brevet est ténu, pour s'assurer que les compagnies pharmaceutiques ne puissent pas se soustraire à la compétence du Conseil et pour éviter de limiter la capacité du Conseil de protéger les consommateurs canadiens contre l'établissement de prix excessifs (par. 60).

(iv) Sens de « breveté »

[25] L'article 79 de la *Loi sur les brevets* définit un breveté comme étant « la personne ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet pour une invention ».

[26] L'avantage d'un brevet comprend les droits du breveté d'exercer différents recours contre les contrefacteurs du brevet conformément aux articles 54 à 59 de la *Loi sur les brevets*. Figure parmi ces recours celui, prévu au paragraphe 55(2), visant l'obtention d'une indemnité raisonnable pour toute contrefaçon survenue après que la demande de brevet est devenue accessible au public sous le régime de l'article 10 de la *Loi sur les brevets*. En vertu du paragraphe 55(4), ce recours visant l'obtention d'une indemnité raisonnable est réputé être une action en contrefaçon de brevet.

[27] Cela signifie essentiellement qu'une fois qu'un brevet est accordé, un breveté a l'avantage du brevet depuis la date où le brevet est devenu accessible au public et peut intenter une action en indemnisation raisonnable.

[28] Les demanderesses soutiennent que le mot « avantage » à l'article 79 renvoie à tous les attributs des droits d'un breveté en vertu d'un brevet. Elles soulignent qu'une fois qu'un brevet a été

accordé, le breveté dispose d'autres recours en plus du pouvoir de réclamer une indemnité raisonnable, notamment, par exemple, le droit de demander des injonctions en vertu de l'article 57 de la *Loi sur les brevets*. Puisque le breveté peut seulement demander une indemnité raisonnable pour la période de mise à la disposition du public (et seulement après l'octroi du brevet), les demanderesse soutiennent que le titulaire de brevet ne jouit pas pleinement du brevet pendant cette période et qu'il ne devrait donc pas être considéré comme un breveté pendant cette période.

[29] À mon avis, il n'y a rien dans la loi qui donne à entendre qu'« avantage » doit s'interpréter comme évoquant tous les recours que peut exercer un breveté en vertu de la loi. Le paragraphe 55(2) a pour objet d'étendre les avantages des brevets au profit des brevetés pendant la période de demande de brevet. Une fois qu'une demande de brevet est rendue accessible au public, un tiers peut lire les documents publiés et utiliser l'invention. Cependant, le paragraphe 55(2) dispose que quiconque fait cela (ou contrefait autrement l'invention) s'expose à devoir payer une indemnité raisonnable si le brevet est ensuite accordé. Le paragraphe 55(4) prévoit expressément qu'un tel recours visant à obtenir une indemnité raisonnable « est réputé être une action en contrefaçon et l'acte sur lequel il se fonde est réputé être un acte de contrefaçon. » Ainsi, la *Loi sur les brevets* range expressément le droit à une indemnité raisonnable en vertu du paragraphe 55(2) parmi l'ensemble des droits d'exécution dont jouit un breveté en vertu de son brevet une fois celui-ci délivré.

[30] À mon avis, il s'ensuit que, puisqu'une fois le brevet délivré, le breveté jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public (même s'il ne jouit pas de la

gamme complète), le breveté est donc réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la *Loi sur les brevets* et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments conformément au paragraphe 83(2) « alors qu’il était titulaire du brevet » et comme étant la personne ayant droit à l’avantage du brevet pendant cette période.

[31] Cela étant, je suis convaincu que l’analyse téléologique effectuée par le Conseil et évoquée dans ses décisions est bien fondée et qu’il était dans l’intention du Parlement que la compétence du Conseil sur les prix des médicaments s’étende à cette période comprise entre le moment où la demande de brevet est rendue accessible au public et l’octroi du brevet – à condition, bien sûr, qu’un brevet soit accordé, comme cela a été le cas en l’espèce.

(v) *Application rétroactive?*

[32] Tout comme un breveté ne peut pas tenter une action en contrefaçon entre le moment où la demande de brevet est mise à la disposition du public et l’octroi du brevet, le Conseil ne peut pas examiner des prix pendant la période où la demande de brevet est mise à la disposition du public, avant l’octroi du brevet. Jusqu’à ce que le brevet soit accordé, une demande de brevet ouvre uniquement la voie à la possibilité qu’un brevet soit délivré (*HMRC*, par. 135), ce qui est insuffisant pour justifier tant des recours que des examens de prix.

[33] Les demanderesses soutiennent que cette interprétation mène à une application rétroactive de la *Loi sur les brevets* et qu’il n’y a rien dans la loi qui repousse la forte présomption à l’encontre

de la rétroactivité des lois (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.N.R.*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279). Elles soutiennent que s'il est vrai que le paragraphe 55(2) prévoit un droit de recours rétroactif ou rétrospectif une fois le brevet accordé, il n'y a aucune disposition similaire prévoyant un droit rétroactif ou rétrospectif d'examen des prix par le Conseil.

[34] À mon avis, les dispositions ne s'appliquent pas rétroactivement ou rétrospectivement. Elles ne sont pas censées s'appliquer à une époque antérieure aux modifications de 1987 qui les ont prévues. De même, elles n'attachent pas de nouvelles conséquences à un événement qui est survenu avant l'adoption de la loi. (*Benner c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 358, par. 39 et 40; voir aussi *Sullivan*, p. 547 et suiv.).

[35] Les dispositions ont plutôt une application prospective. Les demandeurs de brevet savent lorsqu'ils déposent leurs demandes que si un brevet est par la suite accordé, ils pourront se prévaloir du paragraphe 55(2) depuis la date à laquelle la demande est mise à la disposition du public. Bien que l'avantage prenne effet à une date antérieure à la date à laquelle son existence se cristallise (la date d'octroi du brevet), il est néanmoins prospectif puisqu'il prend effet après le dépôt de la demande de brevet et après l'adoption des dispositions.

[36] Pour les mêmes raisons, le pouvoir du Conseil d'examiner des prix se cristallise à la date où le brevet est accordé mais prend effet à la date où le breveté obtient l'avantage du brevet – la date où celui-ci est devenu accessible au public.

[37] Même si les dispositions peuvent être considérées comme s'appliquant rétroactivement ou rétrospectivement, elles respectent néanmoins selon moi le critère établi dans *Gustavson Drilling*. Comme je l'ai mentionné plus haut, le paragraphe 55(2) dispose expressément que le breveté a un avantage, une fois le brevet accordé, pendant la période de mise à la disposition du public. Par voie de conséquence, une fois qu'un brevet accordé, le breveté est un breveté pendant la période de mise à la disposition du public. D'ailleurs, le paragraphe 55(4) dispose que tout recours en vertu du paragraphe 55(2) est réputé être une action en contrefaçon de brevet. À mon avis, interpréter la loi autrement étirerait le sens du mot « avantage » au-delà de ce que permet les termes utilisés et au-delà de ce qu'a voulu le Parlement.

(vi) *Pouvoir constitutionnel*

[38] Janssen-Ortho soutient que le Parlement outrepasserait ses pouvoirs en conférant au Conseil le pouvoir de réglementer les prix pendant la période de mise à la disposition du public parce que la réglementation des prix relève normalement de chefs de compétence provinciale. Suivant cet argument, le Parlement pourrait seulement réglementer les prix de produits en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de brevets et, puisque les brevets en cause n'avaient pas été accordés pendant la période qui nous intéresse, le Conseil tente de réglementer des prix au-delà des limites de la compétence du Parlement en matière de brevets. Janssen-Ortho soutient que le Parlement n'a pas pu vouloir conférer compétence au Conseil à l'égard de la période de mise à la disposition du public parce que le Parlement ne légiférerait pas d'une manière qui pourrait étendre sa compétence.

[39] Il n'est cependant pas contesté que le Parlement a compétence sur « les brevets d'invention et de découverte ». Puisque la définition de « breveté » englobe les droits applicables à la période de mise à la disposition du public une fois que le brevet est accordé, j'estime que la loi est clairement *intra vires* et, par conséquent, l'argument qui précède en faveur d'une interprétation restrictive de l'intention du Parlement ne saurait tenir.

[40] À mon avis, le même pouvoir qui rend *intra vires* le paragraphe 55(2) de la *Loi sur les brevets* rend aussi *intra vires* le pouvoir du Conseil d'examiner les prix pendant la période de mise à la disposition du public.

(vii) *Éléments de preuve requis pour fonder la compétence?*

[41] Shire soutient que le Conseil a commis une erreur parce qu'il n'y avait aucune preuve de « préjudice » l'obligeant à intervenir. Dans ses décisions, le Conseil a affirmé que des demandeurs de brevet pourraient se livrer à des pratiques d'évitement délibéré en retardant l'octroi de leurs brevets afin de prolonger la période de mise à la disposition du public et les avantages du paragraphe 55(2) si le Conseil n'avait pas ultérieurement compétence en vertu du paragraphe 83(2). En l'absence de toute preuve qu'un tel scénario se produirait, Shire soutient que le Conseil a commis une erreur de droit en s'appuyant sur ce raisonnement.

[42] À mon avis, cet argument ne rend pas bien compte de la position du Conseil. Le terme « préjudice » vient de la jurisprudence (voir, p. ex., *ICN Pharmaceuticals*) et renvoie à la possibilité que des compagnies pharmaceutiques puissent chercher à se soustraire à la compétence du Conseil. Il n'y a aucune allégation selon laquelle l'une ou l'autre des demanderessees n'aurait adopté pareil comportement, et je n'ai vu aucun élément de preuve qui étayerait une telle allégation si elle était formulée.

[43] Le Parlement a créé le Conseil pour pallier un tel préjudice éventuel. La preuve d'un préjudice n'est pas nécessaire pour fonder cette compétence. Par exemple, le Conseil n'a pas besoin de disposer de la preuve d'une emprise sur le marché découlant d'un brevet, ni même qu'un brevet est effectivement exploité, pour exercer ses pouvoirs réglementaires. Le Parlement a conféré au Conseil une compétence étendue pour s'assurer qu'il puisse réaliser son objet consistant à veiller à ce que les prix ne soient pas excessifs.

[44] À mon avis, il est indifférent que les brevetés puissent retarder ou non l'obtention de l'octroi du brevet afin de minimiser la compétence du Conseil. En l'absence de cette compétence, il se peut que les brevetés soient en mesure de vendre leurs produits à des prix excessifs, en profitant du paragraphe 55(2) pour protéger leur pouvoir monopolistique d'établissement de prix pendant la période de mise à la disposition du public. La mission du Conseil est de pallier les préjudices qui pourraient découler d'un abus du pouvoir monopolistique d'un breveté. La même possibilité de préjudice existe à la fois après la date d'octroi du brevet et pendant la période de mise à la disposition du public.

[45] De même, Shire soutient que le Conseil n'a jamais conclu à l'existence d'une emprise sur le marché pendant la période de mise à la disposition du public. Cependant, comme l'a noté la Cour d'appel fédérale dans *ICN Pharmaceuticals*, il est indifférent qu'une emprise sur le marché existe ou non pour que le Conseil ait compétence. La question de savoir si les demanderesse avaient une emprise sur le marché pendant les périodes visées pourrait constituer pour le Conseil un facteur à prendre en compte pour décider si les prix des médicaments étaient excessifs. Cette question ne m'est cependant pas posée aujourd'hui. À mon avis, le Conseil a compétence pour évaluer si les prix sont excessifs et, le cas échéant, pour ordonner les réparations appropriées conformément à la *Loi sur les brevets*.

(viii) Conclusion

[46] En résumé, je conclus que, pour l'application de l'article 79 de la *Loi sur les brevets*, « avantage du brevet » comprend l'avantage que confère le paragraphe 55(2), lequel se concrétise une fois que le brevet est accordé. En conséquence, une fois que le brevet est octroyé, un breveté est un breveté depuis la date où la demande a été rendue accessible au public en vertu de l'article 10. Il s'ensuit que le Conseil a compétence à l'égard des prix du breveté pendant la période de mise à la disposition du public en vertu du paragraphe 83(2). À mon avis, le Conseil n'a commis aucune erreur de droit en arrivant à cette même conclusion et ses décisions sont donc valides.

JUGEMENT

APRÈS avoir examiné les documents produits et entendu les observations des avocats des deux parties à Ottawa le mercredi 7 novembre 2007;

LA COUR STATUE que :

1. Pour les motifs exposés ci-dessus, les deux demandes de contrôle judiciaire sont rejetées et les dépens sont accordés au défendeur.

« James Russell »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-100-07

INTITULÉ : JANSSEN-ORTHO INC. c. PROCUREUR
GÉNÉRAL DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : le 7 novembre 2007

**MOTIFS DU JUGEMENT
ET JUGEMENT :** le 13 décembre 2007

COMPARUTIONS :

M. Martin Mason POUR LA DEMANDERESSE
M. Graham Ragan
Téléphone : 613-233-1781
Télécopieur : 613-563-9869

M. Michael Roach POUR LE DÉFENDEUR
Téléphone : 613-957-4861
Télécopieur : 613-954-1920

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L. POUR LA DEMANDERESSE
Ottawa (Ontario)

Ministère de la Justice POUR LE DÉFENDEUR

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-101-07

INTITULÉ : SHIRE BIOCHEM INC. c. PROCUREUR
GÉNÉRAL DU CANADA c. LES COMPAGNIES
DE RECHERCHE PHARMACEUTIQUE DU
CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : le 7 novembre 2007

**MOTIFS DU JUGEMENT
ET JUGEMENT :** le 13 décembre 2007

COMPARUTIONS :

M. Malcolm Ruby POUR LA DEMANDERESSE
Téléphone : 416-862-7525
Télécopieur : 416-862-7661

M. Michael Roach POUR LE DÉFENDEUR
Téléphone : 613-957-4861
Télécopieur : 613-954-1920

M. Martin Mason POUR L'INTERVENANTE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L. POUR LA DEMANDERESSE
Ottawa (Ontario)

Ministère de la Justice POUR LE DÉFENDEUR

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L. POUR L'INTERVENANTE
Ottawa (Ontario)