

# LE DPI ASSAISONNÉ DE « CE PETIT QUELQUE CHOSE DE PLUS » : LES ALLERGIES DU DROIT DE LA CONCURRENCE À L'UTILISATION ABUSIVE DU MONOPOLE LÉGAL

Kathy BELLEFLEUR

Volume 113, Number 2, September 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044780ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044780ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BELLEFLEUR, K. (2011). LE DPI ASSAISONNÉ DE « CE PETIT QUELQUE CHOSE DE PLUS » : LES ALLERGIES DU DROIT DE LA CONCURRENCE À L'UTILISATION ABUSIVE DU MONOPOLE LÉGAL. *Revue du notariat*, 113(2), 397–429.  
<https://doi.org/10.7202/1044780ar>

**LE DPI ASSAISONNÉ DE « CE PETIT  
QUELQUE CHOSE DE PLUS » :  
LES ALLERGIES DU DROIT DE LA  
CONCURRENCE À L'UTILISATION  
ABUSIVE DU MONOPOLE LÉGAL**

**Kathy BELLEFLEUR\***

RÉSUMÉ . . . . .	399
INTRODUCTION . . . . .	401
1. LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LA CRÉATION DE MONOPOLES LÉGAUX . . . . .	403
1.1 Les objectifs du droit de la propriété intellectuelle dans une économie du savoir . . . . .	404
1.1.1 Le nouvel environnement des marchés . . . . .	405
1.1.2 La protection du patrimoine immatériel des entreprises grâce au DPI . . . . .	408
1.2 Les prérogatives conférées par le DPI et leur utilisation. . . . .	409
1.2.1 Le contour juridique du monopole : l'exemple des brevets d'invention . . . . .	410
1.2.2 L'utilisation stratégique du monopole . . . . .	413
1.2.2.1 Pour un avantage concurrentiel accru . . . . .	414
1.2.2.2 Pour une meilleure stabilité financière . . . . .	415

---

\* Étudiante au baccalauréat en droit à l'Université Laval. L'auteure tient à remercier M<sup>e</sup> Charlaïne Bouchard, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour son encadrement dévoué et ses savants conseils.

1.2.2.3	Les risques pour la concurrence . . . .	415
2.	QUAND LE DROIT DE LA CONCURRENCE S'EN MÊLE : L'UTILISATION ABUSIVE DU MONOPOLE . . . . .	416
2.1	La répression des comportements anticoncurrentiels : la <i>Loi sur la concurrence</i> . . . . .	417
2.1.1	L'objectif de la <i>Loi sur la concurrence</i> . . . . .	417
2.1.2	La puissance commerciale et le monopole du DPI . . . . .	420
2.2	Le monopole au service de comportements anticoncurrentiels : le simple exercice d'un DPI et l'exercice d'un DPI avec « ce petit quelque chose de plus » . . . . .	421
2.2.1	Les prémisses de la distinction . . . . .	421
2.2.1.1	La décision <i>Télé-Direct</i> du Tribunal de la concurrence . . . . .	422
2.2.1.2	Les lignes directrices du Bureau de la concurrence . . . . .	422
2.2.2	La position de la Cour d'appel fédérale . . . . .	424
2.2.2.1	Le simple exercice d'un DPI : <i>Molnlychke AB. c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.</i> . . . . .	424
2.2.2.2	Le simple exercice d'un DPI avec « ce petit quelque chose de plus » : <i>Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.</i> . . . . .	425
	CONCLUSION . . . . .	428

## RÉSUMÉ

Sans protection, les entreprises ne seraient pas encouragées à innover puisque les imitateurs pourraient capter l'essentiel des profits sans subir les aléas liés aux coûts en recherche et développement. C'est ce qui explique pourquoi, au Canada, la protection de la propriété intellectuelle génère une situation de *monopole sur un marché*, puisqu'elle confère un avantage exclusif à une seule personne pendant une période de temps limitée.

La simple existence de la propriété intellectuelle risque cependant de court-circuiter le débit naturel de la concurrence et d'entraver l'accès au marché. Ainsi, la question centrale qui se pose est alors de savoir comment une entreprise peut profiter au maximum des bénéfices sociaux liés à l'innovation – à l'exploitation de son monopole – sans avoir à subir les effets liés à la réduction de la concurrence. En effet, l'objectif général de la *Loi sur la concurrence* est d'assurer l'intégrité de la concurrence et de garantir à une majorité d'entreprises l'accès au marché. Par conséquent, en prenant comme prémisses que la propriété intellectuelle est un droit d'exclusion, à quel moment peut-on affirmer que son utilisation est anticoncurrentielle et qu'elle contribue à exclure des concurrents du marché ? C'est donc, de façon générale, à la délimitation de la frontière entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence qu'est consacré ce texte ; et plus précisément, à comprendre pourquoi le droit de la concurrence ne réagit généralement pas devant les effets anticoncurrentiels causés par une utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle.



## INTRODUCTION

Aux premiers balbutiements de l'économie de marché, les entreprises dominantes investissaient leurs ressources dans la fabrication d'un *produit* destiné à remplir une fonction quelconque. Pour les entreprises, les moyens de se distinguer se limitaient, dans une certaine mesure, à élaborer des procédés réduisant les coûts de production au maximum comparativement aux unités vendues. Nous sommes alors au prélude du système capitaliste, où le règne des entreprises du secteur manufacturier est à son plus fort : le consommateur se voit ainsi offrir plusieurs produits tout à fait équivoques et confectionnés par différentes entreprises. Pour arriver à se distinguer sur un marché saturé par quelques gros joueurs comblant déjà les besoins primaires des consommateurs, certains entrepreneurs ont opté pour un moyen aussi inattendu qu'ingénieux : ils ont attribué une *personnalité* à leur entreprise. Le produit, devenu plus qu'un simple objet utilitaire, se transforme en un *symbole* destiné à interpeller le consommateur dans son quotidien<sup>1</sup>. Ainsi, lorsque le consommateur se rallie à une entreprise plutôt qu'à une autre sur la base de ce symbole, il fait un choix subjectif. Il choisit une *marque*, une simple création de l'esprit. Si les entreprises concurrentes constatent une réponse positive de la part des consommateurs, la marque aura tôt fait d'être plagiée. La protection de la *marque de commerce* et même du *dessin industriel* devient donc une question de grande importance pour ces entrepreneurs soucieux de protéger leurs acquis immatériels. Les entreprises des secteurs de la recherche scientifique et technologique auront les mêmes préoccupations quant à la protection de leurs idées et des fruits de leurs innovations.

Le droit de la propriété intellectuelle<sup>2</sup> repose sur des fondements économiques. Par ailleurs, ce sont les chercheurs issus des

---

1. Pour une étude approfondie de cette question, voir : Naomi KLEIN, *No Logo : la tyrannie des marques*, coll. « Babel », Arles, éditions Actes Sud, 2002. Pour une étude de l'évolution de la symbolique de l'objet au sein de l'hominisation et des premières sociétés humaines, voir : Alain SCHNAPP, *Préhistoire et Antiquité*, coll. « Histoire de l'art », Paris, Éditions Flammarion, 1997, p. 30 et s.

2. L'acronyme « DPI » sera parfois utilisé afin d'alléger le texte.

sciences économiques qui tâchèrent en premier d'en comprendre la justification<sup>3</sup> :

Les études et modèles de ces derniers étaient principalement concentrés sur la question de l'efficacité du système. [...] Sans protection, les entreprises ne seraient pas encouragées à innover dans la mesure où les imitateurs pourraient capter l'essentiel des profits sans subir les coûts et les risques associés. Mais ce type de protection génère des situations de monopole et donc des coûts sociaux.<sup>4</sup>

En effet, le *monopole* constitue une situation du marché pouvant être recréée artificiellement dans le cadre d'une organisation étatique sociétale<sup>5</sup>. La propriété intellectuelle en fournit une excellente illustration, en ce qu'elle confère des droits sur un concept immatériel à l'avantage d'un seul bénéficiaire. Qui plus est, sa simple existence fait miroiter le risque de *court-circuiter* le débit naturel de la concurrence :

La question centrale est alors de savoir comment optimiser le système de manière à maximiser les bénéfices sociaux de l'innovation déduction faite des coûts sociaux liés à la *réduction de la concurrence*.<sup>6</sup>

La dynamique du droit de la concurrence est diamétralement différente. En effet, celui-ci a pour objectif d'assurer l'intégrité de la liberté de concurrence, c'est-à-dire de garantir à une majorité d'entreprises l'accès au marché. C'est donc dans la *Loi sur la concurrence*<sup>7</sup> que l'on retrouve différentes situations considérées comme néfastes pour la concurrence. Lorsqu'une entreprise utilise un droit de la propriété intellectuelle au service d'un tel comportement anticoncurrentiel, des questions se posent. Considérant que la propriété intellectuelle est un *droit d'exclusion*, quand peut-on affirmer que son utilisation est anticoncurrentielle et qu'elle contribue à exclure des entreprises du marché ? Pour le droit canadien de la concu-

3. Cécile AYERBE, David CASTLE, Pascal CORBEL, Liliana MITKOVA et Milé TERZIOVSKI, « Management international. Le management stratégique de la propriété intellectuelle : nouvelles perspectives et nouveaux enjeux », (2010) 14-3 *Management international* V. Voir également Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », (1998) 43 *R.D. McGill* 507, par. 112.

4. C. AYERBE, D. CASTLE, P. CORBEL, L. MITKOVA et M. TERZIOVSKI, préc., note 3 (nos italiques).

5. Pour une étude approfondie, voir : John SLOMAN, *Principes d'économie*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Pearson Education, 2008.

6. C. AYERBE, D. CASTLE, P. CORBEL, L. MITKOVA et M. TERZIOVSKI, préc., note 3 (nos italiques).

7. L.R.C. (1985), ch. C-34 (ci-après « *Loi sur la concurrence* »).

rence, l'existence passive du monopole de la propriété intellectuelle ne sera pas *de facto* qualifiée d'anticoncurrentielle. Il pourra en être autrement lorsque l'utilisation de la propriété intellectuelle entre dans le cadre d'une *utilisation stratégique et proactive* d'une entreprise. Une telle utilisation est alors susceptible d'entraîner la commission d'un acte anticoncurrentiel. Il conviendra, par conséquent, de rechercher lequel de ces deux régimes devra céder le pas à l'autre.

La question de départ consiste à comprendre pourquoi *l'utilisation stratégique d'un DPI* cristallise un point de collision entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Selon cette optique, nous étudierons la notion d'utilisation stratégique et le traitement qu'elle reçoit dans le cadre des relations parfois tendues entre ces deux régimes. Dans le contexte actuel des marchés économiques, nous considérons que l'utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle représente une voie incontournable pour les entreprises. La première partie de ce texte permettra donc d'expliquer cette prétention. Nous tâcherons d'illustrer la pertinence d'une telle utilisation stratégique en recourant aux fondements économiques du droit de la propriété intellectuelle. Nous verrons également que la maîtrise de l'utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle dépend de la connaissance approfondie de son régime législatif. La seconde partie tentera de démontrer pourquoi le droit de la concurrence ne réagit généralement pas devant les effets anticoncurrentiels causés par une utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle. À cette fin, nous ferons valoir que la mise en branle de la législation sur la concurrence requiert que le pouvoir de marché acquis par l'entreprise soit plus grand que le seul monopole conféré par le droit de la propriété intellectuelle. Bref, il doit y avoir ce « petit quelque chose de plus ».

## 1. LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LA CRÉATION DE MONOPOLES LÉGAUX

Dès les premières sociétés humaines, le concept de propriété exclusive d'un objet matériel a été connu<sup>8</sup>. En revanche, la propriété intellectuelle a mis plus de temps à se tailler une place dans l'ordonnement des systèmes de droit. L'apparition de la notion de *droit de propriété sur une chose immatérielle* coïncide avec la prise en importance des activités économiques reposant sur la créativité

8. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, coll. « Méthodes du droit », 2<sup>e</sup> éd., Montréal/Paris, Éditions Thémis/Daloz, 2008, p. 265.

de l'esprit humain. Le recours à l'expression « économie du savoir » pour qualifier la nouvelle dynamique des marchés en constitue une manifestation évidente.

À ce titre, les propos du juge Binnie de la Cour suprême du Canada sont particulièrement illustratifs : en cet « âge de l'information », le droit de la propriété intellectuelle « jouit d'une importance nouvelle comparable à celle qui était jadis accordée au droit régissant les biens-fonds et les biens corporels du temps où ceux-ci étaient les étoiles montantes du monde commercial »<sup>9</sup>.

Les entreprises de la nouvelle économie doivent être sensibilisées à l'importance d'une utilisation stratégique de leur propriété intellectuelle, c'est-à-dire à la gestion contrôlée de leurs savoirs d'une manière avantageuse pour elles-mêmes (1.1). Comme la réussite d'une telle utilisation n'est possible que grâce à une connaissance approfondie du droit de la propriété intellectuelle, nous tenterons de définir les frontières séparant cette utilisation stratégique d'un agissement anticoncurrentiel (1.2).

### **1.1 Les objectifs du droit de la propriété intellectuelle dans une économie du savoir**

La question de *l'utilisation stratégique* des droits de la propriété intellectuelle est un concept essentiel au sein d'une économie du savoir. En effet, une entreprise doit être en mesure de gérer adéquatement son lot de connaissances dans ses relations avec les tiers. C'est ce que l'on doit entendre par une utilisation stratégique des droits de la propriété intellectuelle : le contrôle étroit des informations protégées qui sont divulguées au sein de l'entreprise et aux tiers entrant en relation avec celle-ci<sup>10</sup>. Dans ce nouvel environnement, la longévité d'une entreprise est appelée plus que jamais à être tributaire de sa capacité à exploiter son savoir et ses capacités créatives.

Cette affirmation se vérifie par les efforts de sensibilisation à l'importance du droit de la propriété intellectuelle déployés auprès

---

9. Daniel GERVAIS et Elisabeth JUDGE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais/Thomson Carswell, 2006, p. VI.

10. Pour une étude approfondie de cette question, voir : Nicolas SAPP et Vincent BERGERON, « Les aspects stratégiques de la propriété intellectuelle pour les entreprises », dans Charlaïne BOUCHARD (dir.), *Droit des PME*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 175-203.

des entreprises de la part d'organismes gouvernementaux<sup>11</sup>. De même, les « aspects stratégiques de la propriété intellectuelle »<sup>12</sup> suscitent de plus en plus d'attention de la part des différents acteurs du milieu juridique<sup>13</sup>. Afin de saisir la source de cet intérêt, nous passerons en revue les facteurs ayant conditionné l'émergence d'une toute nouvelle dynamique sur les marchés mondiaux (1.1.1). Par la suite, il sera question du patrimoine immatériel des entreprises susceptible de faire l'objet d'une protection grâce au droit de la propriété intellectuelle (1.1.2).

### **1.1.1 Le nouvel environnement des marchés**

Les acteurs économiques – en l'occurrence, les entreprises – gagneraient à faire l'apprentissage de l'utilisation stratégique de leurs droits de la propriété intellectuelle, essentiellement pour les mêmes raisons qui ont fait du droit de la propriété intellectuelle une question d'actualité :

- (i) Technologies are changing rapidly,
- (ii) Product life cycle is becoming shorter,
- (iii) Investments on R&D production, marketing have become very high,

---

11. Divers organismes gouvernementaux, tant fédéraux que provinciaux, encouragent et valorisent le recours aux outils du droit de la propriété intellectuelle de la part des entreprises. Au Québec, la Direction du développement des entreprises, par l'entremise du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, offre des formations sur mesure sur les aspects stratégiques de la propriété intellectuelle. Au niveau fédéral, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et Entreprise Canada font un travail de sensibilisation des entreprises quant à l'utilisation stratégique de leurs actifs en droit de la propriété intellectuelle. De plus, le Conseil national de recherche du Canada offre des services de veille technologique.

12. Expression utilisée dans une étude entièrement consacrée à cette question : N. SAPP et V. BERGERON, préc., note 10, p. 175-203. On retrouve également les termes « management stratégique » : C. AYERBE, D. CASTLE, P. CORBEL, L. MITKOVA et M. TERZIOVSKI, préc., note 3.

13. Bon nombre de cabinets d'avocats prodiguent des conseils concernant la gestion stratégique des actifs en propriété intellectuelle. Notons qu'il existe, d'un continent à l'autre, plusieurs façons de la concevoir et diverses expressions pour la qualifier. On retrouve notamment dans la doctrine européenne des termes tels que *gestion intelligente*, *gestion stratégique*, etc. Un autre concept voisin de l'utilisation stratégique est celui de *l'intelligence économique*, qui consiste en la maîtrise et la protection de l'information stratégique utile aux acteurs économiques. Voir : Viviane de BEAUFORT (dir.), *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé : Actes du colloque du Centre européen de droit et d'économie*, Paris, Éditions Vuibert, 2009, p. 9.

- (iv) Human resources need to possess high level of skills, and,
- (v) The industry is becoming very competitive.<sup>14</sup>

Ce sont ces changements qui ont favorisé l'instauration d'un nouvel environnement concurrentiel au sein des marchés.

L'*économie du savoir*<sup>15</sup> désigne la somme des changements qui ont modifié la dynamique des marchés contemporains. C'est la mondialisation qui est la plus souvent pointée comme étant la grande responsable de cette mutation. Pour le Fonds monétaire international, la mondialisation se définit comme :

[...] l'interdépendance économique croissante de l'ensemble des pays du monde, provoquée par l'augmentation du volume et de la variété des transactions transfrontalières de biens et de services, ainsi que des flux internationaux de capitaux, en même temps que par la diffusion accélérée et généralisée de la technologie.<sup>16</sup>

La perte de vitesse du secteur manufacturier constitue un autre facteur de changement. Plusieurs observateurs remarquent en effet que l'industrie manufacturière traditionnelle est en train d'être délaissée au profit des activités du secteur tertiaire<sup>17</sup>. Force est donc de constater que l'économie mondiale et la croissance économique reposent de plus en plus sur l'information et sur la capacité d'exploiter le savoir et les connaissances<sup>18</sup>. Les activités de recherche et de développement ont pris de l'importance, sans parler de l'utilisation accrue des technologies de l'information. Dorénavant, le commerce international fait partie *de facto* de la réalité des nouvelles entreprises<sup>19</sup>. Cela est particulièrement vrai pour certaines entreprises, celles que l'on désigne par l'expression *entreprises de la nouvelle économie*.

14. Surinder K. VERMA, « The Financing of Intellectual Property : Developing Countries' Context », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Propriété intellectuelle : entre l'art et l'argent*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 133.

15. Ou encore la *nouvelle économie*.

16. Cette définition a été citée et reprise du document suivant : DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, INNOVATION ET EXPORTATION, *Les PME au Québec face au défi de la mondialisation*, p. 1. Disponible en ligne : <[http://www.mdeie.gouv.qc.ca/fileadmin/contenu/publications/etudes\\_statistiques/echanges\\_exterieurs/mondialisation\\_pme.pdf](http://www.mdeie.gouv.qc.ca/fileadmin/contenu/publications/etudes_statistiques/echanges_exterieurs/mondialisation_pme.pdf)> (consulté le 4 octobre 2011).

17. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Synthèses : Actifs immatériels et création de valeur*, p. 7. Disponible en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/34/38313204.pdf>> (consulté le 4 octobre 2011).

18. *Ibid.*

19. P. NAVARRO, préc., note 16, p. 2.

Celles-ci proviennent essentiellement de deux domaines qui ont tout particulièrement bénéficié des avancées technologiques et que l'on associe usuellement à l'économie du savoir. Il s'agit des secteurs des technologies de l'information et des biotechnologies.

Le domaine des technologies de l'information est sans contredit un secteur appelé à prendre de l'expansion. Lorsqu'il est question de technologies de l'information, on réfère à l'ensemble des procédés relatifs aux technologies sans fil, à la sécurité des technologies de l'information, à la conception des logiciels, aux services informatiques, aux médias numériques et aux technologies de la cybersanté<sup>20</sup>.

Pour sa part, la biotechnologie est définie comme étant « l'application des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation directe ou indirecte des organismes vivants ou de leurs parties ou produits, sous leur forme naturelle ou modifiée »<sup>21</sup>. Les statistiques démontrent que l'industrie canadienne de la biotechnologie est constituée majoritairement d'entreprises de petite ou de moyenne taille<sup>22</sup>. Autre point d'intérêt, une étude faite en 2001 révèle que près de 95 % de ces entreprises effectuent de la recherche en biotechnologie et qu'elles se situent à 90 % dans le domaine de la santé<sup>23</sup> ; le reste de ce pourcentage est départagé entre les secteurs de l'agriculture et des aliments<sup>24</sup>.

Les connaissances acquises de la biotechnologie ont de multiples applications en permettant, notamment, la mise au point de nouveaux vaccins pour la prévention de maladies, de plantes génétiquement modifiées afin de mieux résister aux organismes nuisibles ainsi que l'élaboration de biocombustibles écologiques<sup>25</sup>.

20. Pour plus d'information, voir : INDUSTRIE CANADA, *TIC au Canada – Former des partenariats avec un chef de file du numérique*. Disponible en ligne : <<http://investincanada.gc.ca/download/31.pdf>> (consulté le 4 octobre 2011).

21. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, ch. C-33, par. 3(1).

22. COMITÉ CONSULTATIF CANADIEN DE LA BIOTECHNOLOGIE, *Propriété intellectuelle en biotechnologie et brevetabilité des formes de vie supérieures – Document de consultation 2001*, Ottawa, Comité consultatif canadien de la biotechnologie, 2001, p. 4.

23. *Ibid.*

24. SANTÉ CANADA, *Biotechnologie – Science et recherche*. Disponible en ligne : <<http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/biotech/index-fra.php>> (consulté le 4 octobre 2011).

25. *Ibid.*

Un coup d'œil à la jurisprudence pertinente permet de constater que ce sont les grandes entreprises de ce secteur qui se retrouvent le plus souvent au cœur de litiges se situant à la frontière du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. En effet, certains auteurs remarquent qu'un nombre non négligeable de causes relatives aux brevets opposent des sociétés de recherche à des fabricants de médicaments génériques<sup>26</sup>. Cela est peut-être dû à la dynamique de « course aux brevets »<sup>27</sup> et aux coûts associés à la recherche en biotechnologie. En effet, il est possible d'amortir une partie des investissements grâce à l'octroi de *licences stratégiques*, c'est-à-dire de licences *ex ante* pouvant mener à des accords de recherche<sup>28</sup>.

### **1.1.2 La protection du patrimoine immatériel des entreprises grâce au DPI**

Les exemples donnés précédemment donnent une idée des secteurs de l'économie où l'utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle trouve une résonance particulière.

Les éléments constitutifs du *capital intellectuel* des entreprises de la nouvelle économie sont le savoir et les connaissances. La valeur de ce capital est inestimable, car il constitue le cœur même des activités de ces entreprises. Ceci est particulièrement vrai pour celles qui centrent leurs activités en recherche et développement.

En plus de fournir une protection aux différentes constituantes de ce capital, le droit de la propriété intellectuelle stimule l'innovation tout en décourageant la contrefaçon et l'imitation de la part des concurrents. Par ailleurs, plusieurs observateurs attribuent aux contre-effets de la mondialisation l'instauration d'un contexte commercial compétitif, aux « risques de comportements opportunistes décuplés »<sup>29</sup>. Certes, les entreprises peuvent toujours recourir aux

26. D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 9, p. 340.

27. Expression empruntée à Claude HENRY, Michel TROMMETTER et Laurence TUBIANA, « Innovation et droit de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies ? », dans Jean TIROLE, *Propriété intellectuelle : rapport*, coll. « Les rapports du conseil d'analyse économique », Paris, La Documentation française, 2003, p. 90.

28. *Ibid.*, p. 91.

29. Françoise BENHAMOU, « Marchandisation et brevet », dans Michel VIVANT (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2004, p. 64.

secrets de commerce pour protéger leurs actifs immatériels. Elles exposent toutefois leurs éléments d'actifs immatériels<sup>30</sup> à une vulnérabilité quant à une appropriation illicite de la part de concurrents et ne disposeront que de la protection du droit commun.

Ce type de patrimoine immatériel est sensible aux effets négatifs du plagiat et de la contrefaçon, et « la capacité d'offrir plus ou mieux a peu de résultat si les entreprises concurrentes peuvent imiter ou copier facilement les produits ou les services offerts »<sup>31</sup>.

## 1.2 Les prérogatives conférées par le DPI et leur utilisation

Il a été question précédemment de l'opportunité de l'utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle par les entreprises de la nouvelle économie.

Toutefois, le succès de l'utilisation stratégique est conditionné par la connaissance approfondie des frontières du monopole légal des DPI. Grâce à cette connaissance, les risques de dérapage vers une utilisation abusive du DPI susceptible de basculer sous le régime du droit de la concurrence seront prévenus.

Dans un premier temps, nous nous attarderons à tracer le contour du monopole afin de mettre en relief ce « noyau dur » de prérogatives inhérentes au droit de la propriété intellectuelle (1.2.1). Deuxièmement, nous effectuerons un premier rapprochement avec la préoccupation de l'utilisation abusive du monopole en énonçant les avantages et les inconvénients d'une utilisation stratégique du DPI (1.2.2).

---

30. Dans une vision plus globale du patrimoine immatériel de l'entreprise, les *actifs immatériels* regroupent notamment les connaissances acquises dans le cadre des activités de recherche et développement, les droits de la propriété intellectuelle, les logiciels et les ressources humaines.

31. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Le verrouillage du savoir : Guide de gestion de la propriété intellectuelle*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2000, p. 26.

### **1.2.1 Le contour juridique du monopole : l'exemple des brevets d'invention**

D'abord et avant tout, le droit de la propriété intellectuelle constitue un *droit de propriété* et c'est à l'État qu'est dévolu « l'absolutisme [de ce] droit de propriété »<sup>32</sup>.

Le droit de la propriété intellectuelle offre aux titulaires des droits – expressément créés par le législateur – leur permettant de jouir et d'exploiter exclusivement les fruits de leurs efforts pour une durée prédéterminée. Ce monopole constitue une exception à la concurrence, mais est étroitement encadré comme tout droit de propriété :

[...] la puissance publique se trouve à devoir *intervenir dans cette relation d'exclusivité entre une personne et sa possession*, au nom du bien-être ou du mieux-être d'une collectivité, afin *d'empêcher le mécanisme de la compétition d'atteindre des excès* qui seraient, en définitive, préjudiciables à cette société.<sup>33</sup>

Ce faisant, les contours juridiques du monopole légal sont tracés par la législation pertinente. Le droit de la propriété intellectuelle relève de la compétence du législateur fédéral par le jeu du paragraphe 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>34</sup>. C'est donc la Cour fédérale qui a compétence exclusive pour entendre les litiges de première instance opposant notamment des administrés soit à l'occasion de « conflits de brevet d'invention ou d'enregistrement d'un droit d'auteur, d'une marque de commerce, d'un dessin industriel ou d'une topographie de circuits intégrés »<sup>35</sup>, soit lors de « tentative d'invalidation ou d'annulation d'un brevet, ou d'inscription, de radiation ou de modification dans un registre de droits d'auteur, de marques de commerce, de dessins industriels ou de topographie de circuits intégrés [...] »<sup>36</sup>. Pour tous les autres cas non décrits ci-dessus, ainsi que pour tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale, la Cour fédérale a alors une compétence concurrente<sup>37</sup>.

32. Serge PICHETTE, « Des monopoles et de la concurrence déloyale en propriété intellectuelle », dans Pierre-Paul CÔTÉ et Christianne DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires. Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 227.

33. *Ibid.* (nos italiques).

34. Cela, contrairement à ce que pourrait laisser croire le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

35. *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, al. 20(1)a).

36. *Ibid.*, al. 20(1)b).

37. *Ibid.*, par. 20(2).

Chacune des lois fédérales en matière de propriété intellectuelle existe en fonction de réalités commerciales précises. Par exemple, les marques de commerce protègent un achalandage et les brevets, une invention<sup>38</sup>. Elles ont également à répondre à des objectifs d'ordre public plus globaux, comme cela fut exposé précédemment. Afin de cerner le contour juridique du monopole, les paragraphes suivants seront consacrés à définir ce que l'on cherche à protéger – soit l'objet du monopole – ainsi que les composantes à proprement parler du monopole. Aux fins de cette étude, seuls les brevets seront abordés. La majorité des causes rendues à la jonction du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle impliquent ces deux types de DPI.

Les brevets d'invention et de procédés suscitent l'intérêt des milieux versés dans les activités de recherche et développement. C'est particulièrement le cas pour les entreprises de recherche pharmaceutique, où l'ensemble des coûts relatifs à l'élaboration d'un nouveau médicament peut facilement atteindre les centaines de millions de dollars<sup>39</sup>.

Le brevet consiste en un « droit exclusif conféré à l'inventeur d'utiliser son invention durant une période limitée en échange de quoi il consent à en révéler l'existence au public »<sup>40</sup>. C'est donc l'*invention* qui est l'objet de la protection de la *Loi sur les brevets*.

L'*invention* est une expression qui revient à maintes reprises dans la Loi. Elle englobe toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité<sup>41</sup>. Toutefois, il faut prendre en note que les simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ne peuvent faire l'objet d'un brevet<sup>42</sup>, ni les objets « divulgués »<sup>43</sup> ou « évidents »<sup>44</sup>.

Un brevet est en réalité « un ensemble de lettres patentes couvrant une invention »<sup>45</sup>. Cela confère au breveté et à ses représentants légaux le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer,

38. D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 9, p. 167 et 337.

39. *Ibid.*, p. 340.

40. *Ibid.*, p. 337.

41. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 (ci-après « *Loi sur les brevets* »).

42. *Ibid.*, par. 27(8).

43. *Ibid.*, art. 28.2.

44. *Ibid.*, art. 28.3.

45. *Ibid.*, art. 2.

construire, exploiter et vendre à d'autres pour qu'ils exploitent l'objet de l'invention<sup>46</sup>.

Une insistance est de mise quant au terme *exploiter*. Celui-ci joue un rôle déterminant dans la conception et l'interprétation du mémoire descriptif de l'invention<sup>47</sup> et des revendications<sup>48</sup> soumis à l'occasion d'une demande de brevets. Le mémoire descriptif doit rapporter de façon exacte et complète l'invention, tout en prenant soin de mentionner le genre d'utilisation ou d'exploitation que compte en faire l'inventeur<sup>49</sup>. Les revendications, pour leur part, font office de clôture qui délimiterait l'objet du monopole du reste du champ où tous peuvent circuler librement : « La délimitation doit être claire afin de donner l'avertissement nécessaire, et seule la propriété de l'inventeur doit être clôturée »<sup>50</sup>. Aussi ce mémoire doit-il faire l'objet d'un grand soin par le rédacteur en ce qu'il circonscrit l'étendue du monopole et est tributaire de la validité du droit exclusif de l'inventeur. Le brevet procure un avantage commercial sur les autres concurrents et interdit à ces derniers d'*exploiter* l'objet de la protection.

Le terme *exploiter* fit l'objet d'une discussion de la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'affaire *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*. Se référant à son sens commun, la Cour écrit qu'*exploiter* connote une utilisation accomplie dans un but commercial – pour réaliser un profit. Bien que la Cour ait formulé cette définition aux fins du recours en contrefaçon<sup>51</sup>, elle souligne que cette interprétation est aussi valide dans le cadre de l'article 42 qui énumère les prérogatives accordées au breveté<sup>52</sup>. Il y aura contrefaçon lorsqu'un autre que le titulaire du brevet tirera des avantages commerciaux de l'exploitation d'un objet breveté sans en détenir le droit. Il est toutefois possible pour un tiers de demander au breveté la délivrance d'une licence d'exploitation, ou encore dans le cadre d'une utilisation expérimentale limitée à des essais réalisés de bonne foi<sup>53</sup>.

---

46. *Ibid.*, art. 42.

47. *Ibid.*, par. 27(3).

48. *Ibid.*, par. 27(4).

49. *Ibid.*, al. 27(3)a).

50. Le juge Binnie citant le président Thorson dans *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, par. 14.

51. *Loi sur les brevets*, art. 54 à 59.

52. D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 9, p. 438.

53. *Ibid.*, p. 448.

Un brevet est valide pour une durée de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande<sup>54</sup>, sous réserve de l'acquiescement par le breveté des taxes réglementaires exigibles<sup>55</sup>.

L'article 49 donne au titulaire du brevet la faculté de le céder ou de le léguer par écrit à toute personne qui aurait le droit d'obtenir un brevet selon la Loi<sup>56</sup>. Il peut également effectuer la concession d'une partie ou de la totalité des droits du brevet à un tiers au moyen d'un acte écrit<sup>57</sup>. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'article 51 exige leur enregistrement auprès du Bureau des brevets sous peine de voir la nullité de l'acte.

La *Loi sur les brevets* contient un article ciblant précisément l'abus de brevet : il s'agit de l'article 65. Celui-ci prévoit, qu'advenant le cas où l'une ou l'autre des circonstances énumérées aux alinéas 65(2)c) à f) se réalise, le procureur général – ou tout intéressé – peut, après l'expiration de trois années à compter de la date de la concession du brevet, demander au Commissaire des brevets de prendre des mesures ou alléguer devant lui l'abus de brevet. L'article 66 habilite le Commissaire à ordonner l'octroi de licences obligatoires. Des auteurs remarquent que cette disposition n'a été invoquée avec succès que dans très peu de cas<sup>58</sup>. Cela dit, tous les moyens de contrôle des agissements des brevetés ne sont pas inscrits à la *Loi sur les brevets* : la *Loi sur la concurrence* offre certaines options<sup>59</sup>.

### **1.2.2 L'utilisation stratégique du monopole**

Il convient maintenant de se pencher plus précisément sur ce que l'on entend par une utilisation stratégique du monopole. Bien qu'il s'agisse d'une exception à la concurrence, le DPI fait partie des outils dont dispose une entreprise pour évoluer dans un marché concurrentiel. Sans en arriver à détourner le monopole légal des DPI de ses objectifs fondamentaux, une entreprise peut légitimement apprendre à utiliser stratégiquement ses actifs immatériels. Le DPI

54. *Loi sur les brevets*, art. 44.

55. *Ibid.*, par. 46(1).

56. *Ibid.*, par. 49(1).

57. *Ibid.*, par. 50(1).

58. D. GERVAIS et E. JUDGE, préc., note 9, p. 435. Les auteurs renvoient, à ce sujet à la décision *Puckchander Inc. c. BADS Industries Inc.*, (1998) 81 C.P.R. (3d) 261.

59. Ysolde GENDREAU, « Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle », dans *La morale et le droit des affaires. Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 215.

étant un actif immatériel, il est possible de tirer profit de l'avantage concurrentiel qu'offrent ces prérogatives. C'est d'ailleurs ce que constate l'OCDE au terme d'une étude où elle conclut que la simple propriété d'un actif immatériel ne suffit plus : pour en tirer un avantage concurrentiel, encore faut-il l'utiliser de manière efficiente et productive<sup>60</sup>.

Il sera question, dans cette partie, de l'avantage concurrentiel accru (1.2.2.1) que procure l'utilisation stratégique du monopole, de la stabilité financière qu'elle aide à atteindre (1.2.2.2), puis finalement, des risques qu'elle représente pour la concurrence (1.2.2.3).

#### *1.2.2.1 Pour un avantage concurrentiel accru*

Le droit de la concurrence encadre les relations entre les entreprises. Chacune d'entre elles oriente ses stratégies de façon à surpasser l'autre pour tenter de demeurer concurrentielle. Alliées ou rivales, les relations juridiques ou d'affaires qui peuvent lier les entreprises peuvent se situer à différents niveaux de la chaîne économique<sup>61</sup>.

Une relation entre entreprises peut être soit verticale, soit horizontale. Dans le premier cas, les entreprises ne sont pas en position de concurrence puisqu'elles ne se situent pas au même niveau. Dans le second cas, les entreprises sont des concurrentes qui partagent un marché ou qui sont appelées à se côtoyer. Quoi qu'il en soit, certaines d'entre elles chercheront à créer des liens avec d'autres entreprises afin de mieux faire face à la dynamique concurrentielle<sup>62</sup>. Pour ce faire, elles devront savoir de quelle façon céder, aménager, intégrer et exploiter leurs droits exclusifs<sup>63</sup> de façon efficiente pour leur propre projet entrepreneurial. Si l'objet protégé par le DPI est d'un intérêt particulier pour le marché ou s'il connaît un certain succès, il peut être intéressant, voire nécessaire, pour un concurrent de parvenir à une entente avec le titulaire du DPI pour demeurer concurrentiel.

---

60. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, préc., note 17, p. 22.

61. Paul NIHOUL, *La concurrence et le droit*, coll. « Les essentiels de la gestion », Colombelles, Éditions EMS, 2001, p. 95.

62. *Ibid.*, p. 111.

63. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *À propos de la propriété intellectuelle*. Disponible en ligne : <[http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h\\_wr00331.html](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00331.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

### 1.2.2.2 Pour une meilleure stabilité financière

Une autre raison milite en faveur de l'utilisation stratégique du DPI. En effet, en plus de contribuer à améliorer la performance financière d'une entreprise<sup>64</sup>, le DPI pourrait servir de garantie pour accéder à du financement.

Bon nombre d'entreprises naissantes connaissent des difficultés à lever des capitaux auprès des institutions financières, faute d'actifs immobiliers ou d'antécédents solides. C'est un problème qui est largement attribué aux PME. Comme il a été mentionné précédemment, la majorité des entreprises évoluant dans les domaines associés à l'économie du savoir sont des PME. La difficulté de trouver du financement est particulièrement dramatique pour ces entreprises, car le processus d'innovation mobilise souvent une bonne partie des ressources pécuniaires<sup>65</sup>. Les PME dites innovatrices – soit celles qui investissent plus de 20 % de leurs ressources en recherche et développement représentaient en 2004 près de 4,2 % des PME au Canada<sup>66</sup>.

L'OCDE propose l'élaboration de nouvelles méthodes d'évaluation de la valeur des entreprises afin d'y intégrer les droits conférés par le DPI<sup>67</sup>. Cela faciliterait la prise en garantie du DPI pour l'obtention de financement. De telles mesures font partie directement de l'esprit de l'utilisation stratégique.

### 1.2.2.3 Les risques pour la concurrence

L'utilisation stratégique du DPI peut toutefois entraîner des conséquences particulièrement négatives pour la concurrence. Cela

64. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *L'exploitation de la propriété intellectuelle par l'entreprise : Protéger le capital intellectuel*. Disponible en ligne : <[http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h\\_wr00502.html](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00502.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

65. C'est le cas pour les PME à forte croissance, petit groupe d'entreprises particulièrement performantes comptant pour 17 %. Ce type de PME investissent davantage que les autres dans la recherche et le développement (34 % par rapport à une moyenne de 25 %). À ce sujet, voir l'étude réalisée par Industrie Canada dont la référence est la suivante : INDUSTRIE CANADA, *Les PME à forte croissance*. Disponible en ligne : <[http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme\\_fdi-prf\\_pme.nsf/fra/h\\_01540.html](http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi-prf_pme.nsf/fra/h_01540.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

66. INDUSTRIE CANADA, *Le financement des petites et moyennes entreprises innovatrices au Canada*. Disponible en ligne : <[http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme\\_fdi-prf\\_pme.nsf/fra/h\\_02146.html](http://www.pme-prf.gc.ca/eic/site/sme_fdi-prf_pme.nsf/fra/h_02146.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

67. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, préc., note 17, p. 24.

est d'autant plus vrai si elle est pratiquée par une entreprise de grande ou de moyenne taille. Ainsi, l'utilisation stratégique d'un DPI peut avoir pour effet d'empêcher un rival d'entrer sur le marché, lui nuire, voire tout simplement l'éliminer. Naturellement, pour que cela arrive, il faut que l'objet protégé par le DPI connaisse une certaine force sur le marché ou soit détenu par une entreprise bien établie. Le DPI peut être utilisé de façon à forger des alliances, des partenariats entre entreprises de tailles diverses ou encore à faire niveler par le haut la qualité des savoirs et des connaissances en favorisant la collaboration d'entreprises qui seraient normalement rivales.

Par contre, il ne faudrait pas occulter le fait que l'utilisation stratégique puisse mener à des dérives et défavoriser ce que le DPI cherche à atteindre : l'efficacité économique. Entre autres, on peut penser à la fixation de prix de vente imposé, à l'octroi d'une exclusivité territoriale, à la limitation de la production et à l'imposition de ventes liées.

C'est à ce moment, lorsqu'il résulte de l'utilisation stratégique une strangulation de la concurrence – ou encore, lorsqu'il y a abus des droits conférés par le monopole, que les mécanismes de régulation de la concurrence peuvent se déclencher.

Le point suivant tentera d'établir à quel moment la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle contre le droit de la concurrence ne suffira plus à protéger le titulaire d'un DPI.

## **2. QUAND LE DROIT DE LA CONCURRENCE S'EN MÊLE : L'UTILISATION ABUSIVE DU MONOPOLE**

Contrairement à d'autres systèmes de droit, l'approche canadienne du droit de la concurrence ne voit pas avec autant de méfiance la concentration du marché<sup>68</sup>. Directement ou indirectement, c'est ce que le monopole du DPI favorise, car rappelons-le : « la propriété intellectuelle s'entend d'un ensemble de droits, dont chacun confère au titulaire le contrôle exclusif, suivant des modalités particulières et pour une durée limitée, d'un objet intangible résultant de la créativité

---

68. Par exemple, jusqu'en 1947, la Cour suprême des États-Unis avait établi qu'il y avait présomption de puissance économique dans le cas de pratiques d'achats liés touchant un produit principal breveté. Voir à ce sujet : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Politiques de concurrence et propriété intellectuelle*, Paris, OCDE, 1989, p. 8.

humaine »<sup>69</sup>. Le monopole du DPI peut contribuer à asseoir ou à renforcer une position de puissance commerciale en rendant les autres entreprises concurrentes dépendantes. En effet, celui-ci se distingue en ce qu'il a été recherché par l'État. On peut donc s'interroger sur la façon dont réagira le droit de la concurrence lorsque les prérogatives du DPI sont utilisées à des fins anticoncurrentielles.

La partie suivante cherchera à démontrer que l'opportunité d'une sanction par le droit de la concurrence quant à l'utilisation abusive d'un DPI est conditionnée d'abord et avant tout par le respect premier des prérogatives dessinées par le droit de la propriété intellectuelle.

Il sera d'abord question du mode de répression des comportements anticoncurrentiels au Canada (2.1). Par la suite, nous cerneons comment le droit de la concurrence réagit devant le monopole du DPI lorsque celui-ci est mis au service de comportements anticoncurrentiels (2.2).

## **2.1 La répression des comportements anticoncurrentiels : la *Loi sur la concurrence***

La répression des comportements anticoncurrentiels peut être perçue de façon différente dépendamment des points de vue de la concurrence ou du droit de la propriété intellectuelle : « Patents are statutory monopolies. Competition lawyers don't like that, because they're opposite to their way of thinking. »<sup>70</sup>. Garde-fou contre les dérives ou simplement un empêcheur de tourner en rond, plusieurs raisons justifient la pertinence des politiques de régulation de la concurrence.

Nous aborderons dans cette section les principaux objectifs de la Loi (2.1.1) pour ensuite traiter plus particulièrement de la puissance commerciale quant aux monopoles du droit de la propriété intellectuelle (2.1.2).

### **2.1.1 L'objectif de la Loi sur la concurrence**

D'elle-même, la libre concurrence a démontré des tendances autodestructrices. Les autorités économiques ont vu la nécessité

69. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 8, p. 264.

70. Ann MACAULAY, « Strange Brew – Making Sense of the Patent Act and the Competition Act », (2006) 30 *Can. Law* 37, 39.

d'élaborer des remparts pour contenir les pressions concurrentielles du système capitaliste qui, selon Schumpeter<sup>71</sup>, était appelé à s'effondrer un jour ou l'autre.

La concurrence peut être définie comme étant, d'un point de vue commercial, « [...] la compétition que se livrent les différents fournisseurs d'un même type de produit pour s'attirer la clientèle qui y est intéressée. Cette compétition, soutenue par la loi de l'offre et de la demande, peut se jouer sur les prix, les conditions de vente ou la qualité du produit offert »<sup>72</sup>. La littérature économique en la matière parle d'un processus de « destruction créatrice » qui cautionnerait la dynamique concurrentielle<sup>73</sup>. C'est cette lutte économique qui pousse les entreprises d'un même marché ou d'une même « arène concurrentielle »<sup>74</sup> à l'innovation. C'est également elle qui les invite à sans cesse apporter une réponse adaptée aux besoins du consommateur<sup>75</sup>. Afin de mieux affronter cette dynamique concurrentielle, ces entreprises peuvent choisir de conclure des alliances avec leurs concurrents : « Dans le cadre de sa stratégie, l'entreprise détermine comment elle peut améliorer sa position. Celle-ci est définie par rapport aux concurrents »<sup>76</sup>.

À l'instar du droit de la propriété intellectuelle, la *Loi sur la concurrence* cherche à promouvoir l'efficacité économique<sup>77</sup> en partant du principe de base que c'est par le jeu contrôlé des forces de la concurrence qu'elle sera atteinte.

---

71. Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, coll. « Payothèque », 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Payot, 1979. C'est ce qui ressort de la lecture de son œuvre.

72. Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, « Fonds d'entreprise, concurrence et distribution », Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 266.

73. L'idée d'une tendance autodestructrice du capitalisme fut développée par SCHUMPETER en 1942 dans son œuvre *Capitalisme, socialisme et démocratie*. Au terme d'une analyse comparative des systèmes économiques socialiste et capitaliste, SCHUMPETER en vint à prédire la fin du capitalisme. Voir à ce sujet : J.A. SCHUMPETER, préc., note 71.

74. Il s'agit d'une expression empruntée à la professeure Charlaïne Bouchard.

75. *Loi sur la concurrence*, art. 1.1.

76. Paul NIHOUL, préc., note 61, p. 93 et 111.

77. *Loi sur la concurrence*, art. 1.1 ; STIKEMAN ELLIOT LLP, *Competition Act & Commentary*, Toronto, LexisNexis, 2011, p. 1 : « Although s. 1.1 identifies the purpose of the Act as being four-fold, arguably the most significant aspect of the provision is that competition is recognized as a means of promoting "efficiency and adaptability of the Canadian economy". Thus, economic efficiency, which is the « raison d'être » of competition policy, is recognized as a principal purpose of the Act. »

La *Loi sur la concurrence* est une loi d'ordre public économique de direction<sup>78</sup>. Ainsi, seront qualifiées d'anticoncurrentielles au sens de la *Loi sur la concurrence* les « opérations qui ont pour objectif d'éliminer un compétiteur existant ou de rendre impossible l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché »<sup>79</sup>.

Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* doivent se lire de pair avec l'article 1.1, « déclaration d'objet »<sup>80</sup> de la Loi, qui se lit comme suit :

**[Art. 1.1.]** La présente loi a pour objet de *préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne*, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.<sup>81</sup>

La question de *l'efficacité économique*<sup>82</sup> est une notion centrale à la fois dans les disciplines juridiques et économiques<sup>83</sup>. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un comportement est qualifié d'anticoncurrentiel au sens de la *Loi sur la concurrence* que celui-ci sera nécessairement sanctionné en conséquence. Aussi, le comportement possiblement fautif pourra être sauvé s'il est générateur d'efficacité économique, soit de *gains en efficacité*. Toutefois, « le contrôle de la concurrence appelle à une analyse rigoureuse des effets potentiels d'une

78. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 648 ; Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, « Entrepreneurs et sociétés de personnes », Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 44-47.

79. C. BOUCHARD, préc., note 72, p. 267.

80. *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, par. 41.

81. Nos italiques.

82. Bien que les autres objectifs énoncés à l'article 1.1. aient tout autant leur importance quant à l'esprit qui doit guider l'application de la *Loi sur la concurrence*, il semble que ce soit véritablement l'objectif d'efficacité économique qui ait un impact significatif dans la dynamique de la *Loi sur la concurrence*.

83. Cette affirmation peut toutefois être sujette à nuances : STIKEMAN ELLIOT LLP, préc., note 77, p. 1 : « [...] As the same time, the Act's other objectives are also important, as evidenced by the Federal Court of Appeal's decision Superior Propane rejecting a narrow interpretation of the Act's "efficiency defence" in respect of mergers based purely on economic efficiency in favour of an interpretation that takes into consideration all of the purpose of the Act. »

manœuvre commerciale sur le marché en cause et de l'intention dans laquelle le geste est posé »<sup>84</sup>.

### **2.1.2 La puissance commerciale et le monopole du DPI**

Le droit de la concurrence veut « empêcher les entreprises de créer, maintenir ou renforcer de façon inopportune une puissance commerciale qui affaiblirait la concurrence sans offrir d'avantages économiques en compensation »<sup>85</sup>. Dans la décision *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, on définit la puissance commerciale comme étant « la capacité d'agir de manière assez indépendante du marché »<sup>86</sup>. *NutraSweet*, pour sa part, l'associe à la « capacité de maintenir des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels pendant une longue période »<sup>87</sup>. Cette conception de la puissance commerciale et de sa justification en cas de gains en efficience le suggère : l'approche canadienne du droit de la concurrence n'exècre pas d'emblée la puissance commerciale. Subsidièrement, nous avançons que c'est aussi le cas pour le pouvoir monopolistique du DPI qui peut contribuer à asseoir ou conforter une situation de puissance commerciale.

Une disposition de la *Loi sur la concurrence*, l'article 32, interrompt directement l'exercice d'un droit de la propriété intellectuelle. Il est aussi possible d'examiner l'exercice d'une prérogative conférée par le régime du DPI, sous l'angle de la constitution d'ententes anticoncurrentielles<sup>88</sup>, des pratiques restrictives du commerce – le refus de vendre<sup>89</sup>, le maintien des prix<sup>90</sup>, l'exclusivité, les ventes liées et les limitations du marché<sup>91</sup> – et l'abus de position dominante<sup>92</sup>. L'acte que l'on soupçonne être anticoncurrentiel doit, pour être déclaré comme tel, répondre aux différentes conditions d'ouverture énoncées par les articles de la Loi.

---

84. C. BOUCHARD, préc., note 72, p. 268.

85. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Propriété intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la Loi*, p. 3. Disponible en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01286.html>> (consulté le 4 octobre 2011).

86. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, par. 100.

87. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, [1990] D.T.C.C. n° 17, partie V.

88. *Loi sur la concurrence*, art. 45 et 90.1.

89. *Ibid.*, art. 75.

90. *Ibid.*, art. 76.

91. *Ibid.*, art. 77.

92. *Ibid.*, art. 78. Voir, à ce sujet, BUREAU DE LA CONCURRENCE, précité, note 85, p. 4.

Et, quand un DPI y est engagé, on doit prendre en compte l'étude de la couverture de protection qu'offre le monopole.

## **2.2 Le monopole au service de comportements anticoncurrentiels : le simple exercice d'un DPI et l'exercice d'un DPI avec « ce petit quelque chose de plus »**

Quand peut-on dire que le monopole du DPI est au service de comportements anticoncurrentiels ? La réponse à cette question se situe à la frontière du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. La présente section a pour objectif d'apporter un début de solution à cette interrogation en soumettant deux propositions qui seront développées dans les points suivants. Nous établirons préalablement les prémisses de la distinction que fait la jurisprudence entre le simple exercice d'un droit de la propriété intellectuelle et son exercice « avec ce petit quelque chose de plus » (2.2.1). Cette nuance en tête, nous nous pencherons ensuite sur la façon dont la Cour d'appel fédérale a conçu l'exercice anticoncurrentiel d'un droit de la propriété intellectuelle (2.2.2).

Pour déterminer si le monopole du DPI a été mis au service de comportements anticoncurrentiels, il faut d'abord comprendre la portée de la distinction entre « le simple exercice d'un DPI » et « l'exercice d'un DPI avec ce petit quelque chose de plus ».

Cette distinction est tirée de deux arrêts majeurs. Le premier est l'affaire *Molnlycke c. Kimberley-Clark*, rendu en 1991 devant la Cour d'appel fédérale. Mais c'est véritablement le second arrêt, *Eli Lilly c. Apotex* – rendu devant la même instance en 2005 –, qui en contient toute la substance. Ces affaires ont en commun l'objet de leur litige, soit des allégations d'ententes anticoncurrentielles basées sur l'exercice d'un droit décrit à la *Loi sur les brevets*. Elles feront l'objet d'une étude détaillée ultérieurement.

### **2.2.1 Les prémisses de la distinction**

Avant que la Cour d'appel fédérale ne clarifie la distinction entre le simple exercice d'un droit de la propriété intellectuelle et le « petit quelque chose de plus » qui l'accompagne, d'autres acteurs ont contribué à en poser les premiers fondements. Par conséquent, nous étudierons successivement la décision *Télé-Direct* du Tribunal

de la concurrence (2.2.1.1) et la position adoptée par le Bureau de la concurrence dans ses lignes directrices (2.2.1.2).

### 2.2.1.1 *La décision Télé-Direct du Tribunal de la concurrence*

En 1997, le Tribunal de la concurrence a eu à se pencher sur la pratique d'octroi sélectif de licences concernant des marques de commerce. Cette affaire, en l'occurrence la notoire *Télé-Direct*, fait la distinction entre le « refus d'octroyer une licence et l'assujettissement d'une licence à des conditions anticoncurrentielles »<sup>93</sup>. Une licence d'utilisation est une création légale qui est déjà régie par les lois pertinentes<sup>94</sup>. Conséquemment, l'octroi d'une licence relève entièrement de la prérogative d'un DPI.

Le Tribunal ne nie toutefois pas qu'un DPI puisse faire l'objet d'un usage abusif, mais précise que, le cas échéant, celui-ci devra « reposer sur plus que le simple exercice de la loi »<sup>95</sup>. Il est possible de conclure que ce dernier principe oriente l'interprétation du Tribunal dans les affaires civiles où un DPI est impliqué directement ou indirectement dans des allégations d'atteinte à la concurrence<sup>96</sup>. En effet, on peut penser que cette position sera reprise et éclaircie par la Cour fédérale à l'occasion de l'affaire *Eli Lilly c. Apotex*, dont il sera question ultérieurement.

### 2.2.1.2 *Les lignes directrices du Bureau de la concurrence*

Il est judicieux de prendre connaissance de la position exprimée par le Bureau relativement au traitement que devrait réserver la *Loi sur la concurrence* au DPI.

Le Bureau de la concurrence est un organisme indépendant chargé notamment de l'administration et de l'application de la *Loi*

---

93. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8, par. 66.

94. En l'occurrence, par l'article 49 de la *Loi sur les brevets* et l'article 48 de la *Loi sur les marques de commerces*. Il en est de même pour la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur les dessins industriels* et les autres législations fédérales en matière de propriété intellectuelle.

95. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8, par. 65.

96. C'est aussi l'opinion de plusieurs auteurs. Voir notamment : Madeleine RENAUD et Daniel THÉRIEN, « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle : antinomie ou complémentarité ? », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 357.

sur la concurrence<sup>97</sup>. Dirigé par le Commissaire de la concurrence, celui-ci dispose de pouvoirs d'enquête qu'il peut mener à la suite d'une plainte<sup>98</sup> ou par sa propre initiative<sup>99</sup>. Il a la qualité requise pour entamer des procédures sous certaines dispositions. C'est notamment le cas pour l'article 75 – le refus de vendre, l'article 76 – le maintien des prix, l'article 77 – l'exclusivité, les ventes liées et les limitations du marché, l'article 79 – l'abus de position dominante, et l'article 90.1 – les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence. Notons toutefois que l'article 103.1 permet à toute personne de demander au Tribunal la permission de présenter une demande en vertu des articles 75, 76 et 77<sup>100</sup>.

Il faut préciser d'emblée que la position du Bureau ou du commissaire de la concurrence ne lie aucunement le Tribunal de la concurrence : il s'agit d'entités juridiquement distinctes.

L'orientation du Bureau de la concurrence est contenue dans les lignes directrices qu'il publie, intitulées *Propriété intellectuelle – Lignes pour l'application de la Loi (2000)*. Ces dernières n'ont pas davantage force contraignante, comme le souligne la Cour dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*<sup>101</sup>.

D'après les lignes directrices émises par le Bureau, il en va de l'essence même du DPI d'être un droit d'exclusion ; mais il n'en demeure pas moins un élément d'actif immatériel qui recevra *mutatis mutandis* le même traitement qu'un autre droit de propriété classique<sup>102</sup>. Par conséquent, l'exercice de l'une de ses prérogatives ne présumera en rien la commission d'un acte anticoncurrentiel<sup>103</sup> :

97. *Loi sur la concurrence*, par. 7(1). Pour plus d'information, voir : BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Notre organisme*. Disponible en ligne : <[http://www.bureau delaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h\\_00125.html](http://www.bureau delaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00125.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

98. *Loi sur la concurrence*, art. 9.

99. *Loi sur la concurrence*, art. 10.

100. Avant la modification de la *Loi sur la concurrence*, l'article 103.1 ne citait que les articles 75 et 77.

101. *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2005] A.C.F. n° 1818, par. 33. La Cour s'appuie sur les affaires *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185, 2001 CAF 104, par. 124 (C.A.) et *R. c. Nowegijick*, [1983] 1 R.C.S. 29, 37, par. 25.

102. BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 85, p. 2. Notons toutefois que des auteurs remarquent que le régime de la *propriété intellectuelle n'est pas un parfait calque de la propriété classique*, mais lui emprunte l'effet incitatif et l'exclusivité nécessaire pour le fonctionnement effectif de ce droit. Voir : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 8, p. 272.

103. *Ibid.*, p. 2.

Cette démarche est conforme aux décisions du Tribunal de la concurrence concernant Télé-Direct et Warner, dans lesquelles il affirme que le simple exercice du droit de PI de refuser d'octroyer une licence au plaignant ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle.<sup>104</sup>

### **2.2.2 La position de la Cour d'appel fédérale**

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la position exprimée par le Tribunal de la concurrence dans *Télé-Direct* et les *Lignes directrices* du Bureau de la concurrence se rejoignent quant à la précarité du recours fondé sur la preuve de l'exercice d'un DPI. La Cour d'appel fédérale n'a pas modifié substantiellement ce qui a été constaté à ces occasions.

Les arrêts *Molnlycke c. Kimberley-Clark* (2.2.2.1) et *Eli Lilly c. Apotex* (2.2.2.2) ont le mérite d'avoir clarifié certains points importants quant à la distinction entre les effets de l'abus de monopole et le DPI.

Tout porte à croire que le succès d'un recours sous la Loi impliquant un DPI sera tributaire de cette distinction. Ainsi, il est possible d'avancer qu'avant même de penser à prendre appui sur la Loi, il importe de distinguer si le comportement anticoncurrentiel allégué n'est en fait que l'exercice d'un DPI ou si cet exercice sous-tend quelque chose de plus.

#### **2.2.2.1 Le simple exercice d'un DPI : Molnlycke AB c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.**

Il a été mentionné dans le cadre de la première partie de ce texte que les prérogatives exclusives créées par le législateur constituaient un « noyau dur ». Le simple exercice de l'un des droits issus de ce noyau dur n'aura pas tendance à entraîner l'application de la *Loi sur la concurrence*. C'est ce qui ressort de l'interprétation que donne le juge Evans de l'affaire *Molnlycke*<sup>105</sup>.

La décision *Molnlycke* portait sur des allégations de pratique de prix abusivement bas. Or, l'opportunité ou non de céder une licence d'exploitation selon les conditions qu'il juge appropriées appartient au breveté. La Cour en était venue à la conclusion que le breveté

104. *Ibid.*, p. 15.

105. *Molnlycke AB c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 532.

pouvait normalement s'attendre à pouvoir exercer ses droits en toute légalité :

Selon moi, et il s'agit d'une question de droit, on ne peut faire valoir que l'amointrissement de la concurrence qui est inhérent à l'exercice de droits expressément prévus par cette loi, soit l'obtention d'un brevet ou sa redélivrance, sa cession et les actions prises par le cessionnaire pour faire respecter son monopole, peut être indu. *On ne peut donc déduire de la preuve de l'exercice de ces droits seulement qu'il y a eu amoindrissement indu de la concurrence.*<sup>106</sup>

Le juge Mahoney étaye sa position en s'appuyant sur la décision *Wire Rope Industries Ltd.*, où le juge Descary avait déclaré en Cour d'appel :

En l'espèce, l'appelant allègue cession d'un brevet. [...] Je ne vois rien d'illégal en soi dans l'achat d'un bien, en l'occurrence, un brevet, dont les acheteurs ne peuvent bénéficier qu'en repoussant les revendications actuelles ou futures.<sup>107</sup>

On remarquera qu'ici, les conclusions de la Cour d'appel rejoignent ce qui a été exprimé dans les *Lignes directrices* du Bureau de la concurrence indiquant que le DPI recevra le même traitement que tout autre droit de la propriété.

Lorsque les circonstances ne démontrent autre chose que le simple exercice d'un DPI, c'est la décision *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark* qui trouve application. Donc, qu'il y ait ou non strangulation de la concurrence, si les effets anticoncurrentiels émanent à la base de la prérogative d'un DPI, il sera difficile de provoquer l'application de la *Loi sur la concurrence*.

#### 2.2.2.2 *Le simple exercice d'un DPI avec « ce petit quelque chose de plus » : Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*

À l'époque où ont été émises les *Lignes directrices* du Bureau de la concurrence, la décision *Eli Lilly c. Apotex Inc.* n'avait pas encore été rendue. Les faits de cette affaire peuvent être résumés de la manière suivante.

À la suite de la cession par Shinogi de quatre brevets, Eli Lilly détenait un ensemble de brevets couvrant un procédé complet de

106. *Ibid.*, par. 11 (nos italiques).

107. *Wire Rope Industries Ltd. c. Amsted Industries Incorporated*, [1990] 32 C.P.R. (3d) 334, par. 7 (nos italiques).

fabrication de céfaclor<sup>108</sup>. L'entente alléguée par Apotex indiquait qu'un complot était intervenu entre Lilly et Novopharm pour que cette dernière lui cède une sous-licence invalide. Conséquemment, Apotex fut poursuivie par Lilly pour contrefaçon sur la base de cette invalidité.

L'une des innovations de ce jugement est d'avoir nuancé le principe établi dans l'arrêt *Molnlycke* :

Il faut donc établir une distinction avec *Molnlycke* au motif que cette décision porte sur une situation où le *seul pouvoir commercial créé par la cession était le pouvoir inhérent au brevet cédé*. Dans la mesure où *Molnlycke* contient un énoncé de principe plus général, il doit être interprété de manière à en atténuer la portée.<sup>109</sup>

La question à laquelle la Cour devait répondre dans *Eli Lilly c. Apotex* était de savoir si, en droit, la cession d'un brevet peut constituer un accord ou un arrangement en vue de diminuer indûment la concurrence si cette cession confère au cessionnaire *un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés*<sup>110</sup>. Elle y répondra par la positive.

Comme le juge Mahoney dans *Molnlycke*, la Cour admet d'entrée de jeu que la simple cession de brevet est un droit inhérent au breveté. Partant de ce point de départ, il reconnaît que le simple exercice d'un DPI et les effets qu'il entraîne sur la concurrence ont été prévus par le législateur et donc, ne peuvent être anticoncurrentiels : « Il est clair que le Parlement a tenu compte des interactions entre la *Loi sur la concurrence* et les droits de propriété intellec-

---

108. Le céfaclor est un antibiotique administré par voie orale. Selon le *Compendium des produits et spécialités pharmaceutiques* (couramment appelé le « C.P.S. » dans le milieu de la santé), le céfaclor est une « céphalosporine de deuxième génération qui est bactéricide contre les organismes sensibles. Elle agit en inhibant la biosynthèse de la peptidoglycane dans la membrane cellulaire bactérienne. En effet, pareille interférence entraînerait des lacunes au sein de la paroi, laquelle subirait une lyse subséquente, se soldant par la mort de la cellule. Le spectre d'activité du céfaclor inclut les bactéries gram-positives sensibles à la pénicilline *S. pneumoniae* et les bactéries gram-négatives sensibles telles que *H. influenzae*, *M. catarrhalis*, *E. coli* et les espèces *Klebsiella*. » Pour plus d'information, voir : ASSOCIATION PHARMACEUTIQUE DU CANADA, *Compendium des produits et spécialités pharmaceutiques*, Toronto, Association pharmaceutique du Canada, 2005, p. 435.

109. *Molnlycke AB c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 532, par. 19 (nos italiennes).

110. *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2005] A.C.F. n° 1818, par. 2.

tuelle »<sup>111</sup>. Le juge Evans utilise cette prémisse pour admettre l'application de l'article 45 au droit de céder un brevet. Il en arrive à cette conclusion dans le cadre de l'interprétation de la présence de l'article 32 L.C. et de l'exception du paragraphe 79(5) L.C. S'appuyant notamment sur le principe d'interprétation que *la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre*, la présence d'une exclusion expresse à l'endroit d'un DPI dans le cadre d'une disposition telle que l'article 79 sur l'abus de position dominante permet de déduire que l'assujettissement du « [...] droit de céder un brevet à l'application de l'article 45, dans les circonstances de la présente instance, est [...] conforme à l'esprit de la Loi sur la concurrence »<sup>112</sup>. Certains acteurs de la communauté juridique ne croient pas que la portée d'*Eli Lilly c. Apotex* devrait se limiter uniquement aux ententes anti-concurrentielles<sup>113</sup>, c'est-à-dire aux articles 45 et 90.1. de la Loi.

Plusieurs avaient vu, avec la décision *Molnlycke*, la porte se refermer quant à l'application de la *Loi sur la concurrence* dans le cas d'une implication d'un DPI<sup>114</sup>. Or, *Eli Lilly c. Apotex* a permis de créer une brèche dans ce principe en ouvrant l'article 45 au droit de céder un brevet<sup>115</sup>. Le juge Evans affirme, en reprenant les propos du juge Rothstein :

On ne peut déduire de la preuve de l'exercice de ces droits seulement qu'il y a eu amoindrissement indu de la concurrence. *Toutefois, lorsqu'il y a preuve que ce n'est pas uniquement l'exercice des droits de brevets qui peut avoir une incidence sur la concurrence au sein du marché, l'arrêt Molnlycke n'exclut pas entièrement la mise en application de la Loi sur la concurrence.*<sup>116</sup>

Pour qu'il soit susceptible de susciter la mise en branle de la *Loi sur la concurrence*, l'effet anticoncurrentiel ne doit pas être la simple conséquence normale et attendue de l'exercice d'un DPI : il doit y avoir, pour reprendre les termes d'*Eli Lilly c. Apotex*, ce petit quelque chose de plus – « *un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés* »<sup>117</sup>.

111. *Ibid.*, par. 26.

112. *Ibid.*, par. 25.

113. A. MACAULAY, préc., note 70, p. 39.

114. *Ibid.*

115. *Ibid.*

116. *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2005] A.C.F. n° 1818, par. 16 (nos italiques).

117. *Ibid.*, par. 2 (nos italiques). Pour une application récente de ce principe : *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 222 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 25-03-2010, 33357), par. 133 : « La Cour a statué à maintes (à suivre...)

## CONCLUSION

Dans la première partie de ce texte, l'étude du droit de la propriété intellectuelle et de ses monopoles légaux a permis de mettre en lumière, d'une part, que par sa seule existence, le DPI fait miroiter le risque de court-circuiter le débit naturel de la concurrence. En effet, « [l]a question centrale [était] alors de savoir comment optimiser le système de manière à maximiser les bénéfices sociaux de l'innovation déduction faite des coûts sociaux liés à la *réduction de la concurrence* »<sup>118</sup>.

L'étude du droit de la concurrence, de la puissance commerciale et des comportements anticoncurrentiels a permis, d'autre part, de constater que lorsqu'une entreprise utilise un DPI au service d'un comportement anticoncurrentiel, une question importante se pose : en considérant que la propriété intellectuelle est un droit d'exclusion, à quel moment peut-on affirmer que son utilisation est anticoncurrentielle et qu'elle contribue à exclure des entreprises du marché ? La réponse à cette question a fait l'objet de la seconde partie de ce texte consacrée à comprendre pourquoi l'utilisation stratégique d'un DPI cristallise un point de collision entre ces deux disciplines.

L'utilisation stratégique d'un DPI, c'est-à-dire l'exploitation efficiente et productive des prérogatives de la propriété intellectuelle, permet entre autres d'accroître la performance concurrentielle des entreprises et leur accès au financement. L'utilisation stratégique d'un DPI peut aussi entraîner des effets néfastes sur la concurrence. Cela sera d'autant plus dangereux si l'entreprise détient une puissance commerciale. Dans un tel cas, l'utilisation stratégique peut avoir pour effet d'empêcher un rival d'entrer sur le marché, de lui nuire ou encore de l'éliminer. L'utilisation stratégique d'un DPI peut aussi conduire à des conséquences diamétralement opposées aux objectifs d'efficacité économique. C'est dans un tel cas – lorsqu'il résulte de l'utilisation stratégique une strangulation

---

(...suite)

reprises qu'on ne peut déduire de la preuve de l'exercice des droits en vertu de la *Loi sur les brevets* seulement s'il y a eu amoindrissement indu de la concurrence. » ; par. 25 : « [...] les parties ont convenu que la jurisprudence permet d'affirmer qu'il doit y avoir « quelque chose de plus » au-delà de la simple revendication de droits de brevets pour conclure à la violation de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ».

118. C. AYERBE, D. CASTLE, P. CORBEL, L. MITKOVA et M. TERZIOVSKI, préc., note 3 (nos italiques).

de la concurrence –, c'est-à-dire lorsqu'il y a abus de droits conférés par le monopole, que les mécanismes de la concurrence peuvent se déclencher.

Le cadre limité de notre recherche a fait en sorte que nous avons traité des entreprises sans considération pour leur type. De temps à autre, nous avons attiré l'attention sur certains points touchant plus particulièrement les PME.

L'OPIC constate par ailleurs une lacune dans la sensibilisation des PME à l'égard des droits de la propriété intellectuelle<sup>119</sup>. Deux situations peuvent ainsi se présenter :

- 1) Les PME détiennent des droits de P.I. qui ont une valeur mais elles ne les exploitent pas efficacement ;
- 2) Les PME violent des droits de P.I. non intentionnellement et parfois même sans en avoir conscience.<sup>120</sup>

Ces situations seraient causées par un manque d'informations par rapport aux prérogatives conférées par les propriétés intellectuelles. Cela dit, tout semble indiquer que les PME gagneraient tout particulièrement à maîtriser l'utilisation stratégique du droit de la propriété intellectuelle.

---

119. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *À propos de la propriété intellectuelle*. Disponible en ligne : <[http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h\\_wr00331.html](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00331.html)> (consulté le 4 octobre 2011).

120. *Ibid.*